N°1

Droit constitutionnel & droits fondamentaux

2024

Revue de droit constitutionnel et des droits fondamentaux

Directeurs de publication

Mario Guglielmetti
Tom Vidal

Conseil de rédaction

Mario Guglielmetti
Paul Vassal
Tom Vidal

Conseil scientifique

Georges Bergougnous
Éric Buge
Théo Ducharme
Marie Gren
Anne Levade
Julien Padovani
Xavier Philippe
Dominique Rousseau

SOMMAIRE.

AVANT-PROPOS 9

Existe-t-il une démocratie universitaire ? 11

CHAPITRE 1 - LE CONCEPT

L'introuvable démocratie 25

La démocratie : de la participation à l'élection, 2500 ans d'histoire 33

CHAPITRE 2 - DROIT COMPARÉ

Le mirage démocratique dans la cité-état de Singapour 39

Un consociationalisme libanais antiparlementaire ? 45

CHAPITRE 3 - CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le mythe du roi Midas incarné par le Conseil constitutionnel 55

L'autolimitation du Conseil constitutionnel, la garantie de l'État de droit ou la menace de son impuissance ? 63

CHAPITRE - 4 - PARLEMENT

La commission mixte paritaire, une « institution originale » à l'épreuve de sa pratique 69

Culture de constitutionnalité et processus législatif 77

CHAPITRE - 5 -SOCIÉTÉ

Inscrire le droit fondamental autonome à l'avortement dans la Constitution française 83

La démocratie à l'épreuve de la crise climatique 92

Désobéissance civile : menace ou ressort de la démocratie ? 97

La restitution par l'État des œuvres d'art spoliées lors de la 2nde guerre mondiale à l'occasion de la re- construction des démocraties en Europe 103

ENTRETIEN AVEC GÉRARD BRAS 111

Avant-Propos

Xavier PHILIPPE

La démocratie est un sujet central de ce Master et si les différents intervenants qui y enseignent n'en ont pas tous la même idée, ils partagent tous le goût d'en débattre avec les étudiants et quelle plus belle récompense pour des universitaires que de voir leurs passions relayées par leurs étudiants qui cherchent à repenser les idées, les notions et les concepts de la démocratie. Paradoxalement, alors qu'il y a encore quelques décennies l'on étudiait ce qu'était la démocratie à travers ses caractéristiques et ses variantes, depuis le début des années 2000, cette étude s'opère à travers la crise de la démocratie. Cette dernière est devenue un lieu commun au point de créer de nouvelles thématiques d'études relatives au peuple, aux méthodes de délibération et au rôle du juge.

La crise de la démocratie ne se limite certainement pas à cela mais l'idée de limiter la démocratie à ses expressions juridiques est certainement réducteur. Il faut tenter de repenser la démocratie autrement… chercher à sortir des schémas classiques en réfléchissant à d'autre formes de démocraties… « Le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple » apparait à bien des égards comme un leitmotiv qui ne correspond plus à une réalité ou pour le moins à un idéal qui ne semble jamais avoir existé.

Pourtant si l'on repart de cette définition pour examiner la crise de la démocratie et le regard que porte sur elle le droit constitutionnel, la formule originelle d'Abraham Lincoln semble pouvoir toujours servir de trame à notre réflexion.

Le gouvernement du peuple suppose que l'on identifie ce peuple et ce qui le compose ! Longtemps assimilé à une communauté nationale qui présentait certaines caractéristiques communes établie sur un territoire. Le peuple était perçu par ses caractéristiques et son homogénéité supposée ou réelle, davantage que par le lieu où il vivait. Le territoire est resté invariable mais le peuple s'est modifié dans sa composition. Il s'agit là d'une constante au fil des siècles, les mouvements migratoires ayant toujours existé. En revanche, ce qui semble faire défaut aujourd'hui c'est moins le territoire sur lequel réside toujours cette population que le sentiment d'appartenir à une même communauté humaine de destin. On retrouve ici l'opposition entre la définition juridique du peuple et sa définition sociologique. La question me semble être de déterminer comment appréhender cette réalité mouvante et comment faire pour redéfinir le « peuple » par opposition aux communautés. Le risque est évidemment de faire cohabiter plusieurs communautés qui s'identifient à un peuple mais qui ne partagent pas nécessairement le même destin. Ce n'est pas tant l'idée d'un peuple pluriel qui pose difficultés que la capacité d'une société à accommoder raisonnablement des groupes vivant sur un même territoire qui s'opposent plus qu'ils ne partagent une communauté de destin…

Le *gouvernement par le peuple* est lui aussi apparemment frappé d'une crise dans la mesure où le sentiment de ne pas pouvoir prendre part aux affaire publiques est devenu un

moyen de contester les décisions officiellement prises par le biais des institutions représentatives. La préposition « par » est ici envisagée non plus comme un élément d'expression directe de la volonté commune mais comme un frein à la diversité des expressions et à la capacité des communautés de prendre leurs propres décisions. Or, cette idée de gouvernement par le peuple se limite aujourd'hui à des élections de représentants et à une délégation de pouvoir incontrôlée. Se pose alors la question des alternatives à ces formes de représentation. On peut en inventer de nouvelles mais ces nouvelles formes changeront-elles pour autant cette crise du gouvernement par le peuple. Comment réinventer la démocratie dans ses modes d'expression. Quand bien même des expériences alternatives à la représentation ont été tentés, ont-elles été plus satisfaisantes ? Ont-elles permis de réduire cette crise de la démocratie ? Il ne le semble pas… Comment alors trouver la « pierre philosophale » permettant au peuple de gouverner son propre destin ?

Le troisième élément du triptyque - *le gouvernement pour le peuple* - est peut-être le moins commenté et pourtant, il est peut-être celui qui permettrait également de comprendre que la crise de la démocratie ne passe pas uniquement par la définition du peuple ou de la représentation mais plutôt par l'incapacité des démocraties à produire ce qu'elles ont promis. La démocratie est entendue comme un moyen de favoriser un mieux-être, une amélioration quotidienne des conditions de vies des personnes qui forme ce peuple indéfinissable. La crise de la démocratie n'est-elle pas plus profonde dans ce volet de sa définition. En rendant les conditions d'existence de plus en plus difficiles et de plus en plus inégalitaires, la démocratie ne tient pas les promesses qu'elle avait faites. L'exemple de l'Asie ou même de certains États en Afrique démontre que les réclamations portent moins sur la participation à des élections ou à de nouveaux modes de décisions que sur la capacité des gouvernants à satisfaire les engagements auxquels les dirigeants s'étaient engagés. En raisonnant de façon inversée, les critiques à l'encontre de la démocratie portent moins sur le système démocratique lui-même que sur son incapacité à fournir une véritable solution à la garantie des droits et à la prospérité économique et sociale. Si cet aspect de la démocratie pour le peuple s'améliore, c'est l'ensemble de la démocratie qui s'améliorera dans la capacité qu'elle aura à remplir ses aspirations.

Il faudrait peut-être inverser les prépositions « de » « par » et « pour », pour porter un autre regard sur la crise démocratique. Ce ne sont peut-être pas tant les institutions ou les contre-pouvoirs qui constituent le nœud central de la crise de la démocratie.

EXISTE-T-IL UNE DEMOCRATIE UNIVERSITAIRE ?

DÉMOCRATIE DANS L'UNIVERSITÉ OU UNIVERSITÉ DÉMOCRATIQUE : DE L'AFFIRMATION D'UN OBJET DE RECHERCHE CONSTITUTIONNEL REPRÉSENTATIF DE LA SOCIÉTÉ

Ulysse GUTTMANN-FAURE*

« Les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel sont des établissements nationaux d'enseignement supérieur et de recherche jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie pédagogique et scientifique, administrative et financière.
Ces établissements sont gérés de façon démocratique avec le concours de l'ensemble des personnels, des étudiants et de personnalités extérieures » — Article L711-1 du Code de l'éducation, al. 1 et 2.

Le lecteur informé ne sera pas longtemps surpris de trouver une telle étude pour ouvrir le tout premier numéro de la *Revue du Master 2 de Droit constitutionnel et droits fondamentaux*. Université et démocratie figurent, en effet, au nombre des éléments les plus centraux d'une scolarité qui arrive pour beaucoup d'entre nous à son terme, sans que le lien entre les deux n'ait toujours été explicitement énoncé. Pourtant, c'est bien le principe de gestion démocratique qui ouvre les dispositions du Code de l'éducation concernant les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel (EPSCP)[1], laissant apparaitre ce qui pourrait être un « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple »[2] – universitaire, du moins.

À ce propos, nombre d'enseignants, anciens ou actuels, de notre formation constitutionnaliste prirent leur part de façon non-négligeable dans la construction ou la direction d'universités ou de leurs composantes[3]. On constate ainsi que, de manière incontestable, les mots, les idées et les principes du droit constitutionnel irriguent les aspects institutionnels de la

* *Nous souhaitons ici vivement remercier, pour leur relecture critique et attentive, Pr. Anne Levade, Dr. Matthieu Febvre-Issaly, Clément Cherici, ainsi qu'Alexis Midol-Monnet, Esteban Bougeard et Camille Ranvier.*

[1] Alinéas 1 et 2 de l'article L711-1 du Code de l'éducation, issus de l'article 20 de la loi dite *Savary* du 26 janvier 1984 *sur l'enseignement supérieur*. Depuis cette loi, ces dispositions n'ont jamais été modifiées.

[2] La paternité de ce triptyque est attribuée au Président Abraham Lincoln dans un discours prononcé à Gettysburg le 19 novembre 1863. La Constitution de 1946 puis celle de 1958 le reprennent *in extenso* au dernier alinéa de leur article 2.

[3] La « constitution » de notre université doit ainsi beaucoup – mais pas uniquement – aux constitutionnalistes, à commencer par François Luchaire, son premier Président. À propos du droit spécifiquement, voir le passionnant ouvrage : P. Gonod ; A. Rousselet-Pimont ; L. Cadiet (dir.), *L'Ecole de droit de la Sorbonne dans la Cité*, IRJS Edition, 2012, p. 264.

matière universitaire. Pourtant, on constate paradoxalement en France une absence de fondement textuel de rang constitutionnel, « lacune française »[4]. Seule exception, les universités figurent au nombre de ces établissements publics dont les règles de création et d'administration relèvent du législateur, d'après l'article 34 de notre Constitution[5]. *A contrario*, en Allemagne, en Grèce ou encore au Portugal, la démocratie universitaire se trouve consacrée au plus haut de la hiérarchie des normes[6]. Ainsi, la Constitution portugaise énonce que « les professeurs et les étudiants ont le droit de participer à la gestion démocratique des établissements d'enseignement, conformément à la loi […] ».

Selon les mots du Président Colliard enfin, malgré la difficulté à définir la démocratie aujourd'hui, « il y a au moins un point sur lequel tous s'accordent : l'attribution du pouvoir par le jeu d'élections libres et disputées »[7]. Pour ce qui est des universités telles que nous les connaissons[8], cette idée remonte au moins à la loi *Faure* de 1968[9] qui s'appuie sur deux principes fondateurs qu'elle a intimement liés : l'autonomie et la participation[10]. Alors que l'université nous semble déjà constituer une antichambre de la vie de la cité[11] (I), les ressorts et limites de la démocratie universitaire élective doivent, en eux-mêmes, être analysés (II).

I – Une université antichambre de l'expression politique

Même au sein de l'université, la démocratie ne peut être réduite à la participation aux moments électoraux que mentionne le Président Colliard. L'« espoir autarcique »[12] de certains, voulant que les débats et controverses politiques s'arrêtent aux portes de l'établissement, est nécessairement vain : les université n'évoluent pas hors du monde. Elles prennent même leur part dans les débats traversant la société, par les travaux de leurs membres ou encore par leurs

[4] Ch. Fortier et C. Fernandes, « Partie II : Les sources du droit de l'enseignement supérieur », in B. Beignier et D. Truchet (dir.), *Droit de l'enseignement supérieur*, LGDJ, 2018, p. 55. Voir aussi O. Gohin, « Université et Constitution en France », in *Révolution, constitution, décentralisation. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Verpeaux*, 2020, Dalloz, p. 307-316. En 2006, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe appelle à la consécration constitutionnelle de « la liberté des chercheurs, des enseignants et des universitaires au sens large et l'autonomie institutionnelle des universités », recommandation 1762 (2006), « Liberté académique et autonomie des universités », §7.

[5] Conseil constitutionnel, 28 juillet 1993, n° 93-322 DC (notam. son considérant 6) et note sous décision X. Philippe, *RFDC*, octobre-décembre 1993, n° 16, p. 830-835.

[6] Respectivement : article 5(3) de la Loi fondamentale allemande, article 16 de la Constitution grecque et les articles 73 à 77 de celle du Portugal. L'extrait ensuite reproduit est issu de l'article 77, 1.

[7] Et l'ancien Président de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (2009-2012) de poursuivre : « Ce n'est sans doute pas suffisant, car reste le problème de savoir si la volonté de l'électeur se traduit effectivement ou se perd dans les arcanes du jeu évoqué, mais c'est l'essentiel ». V. J-C Colliard, « Les systèmes électoraux dans les Constitutions de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 13, 2002, p. 69.

[8] Pour une synthétique « Histoire des institutions de l'enseignement supérieur », voir l'introduction éponyme du Pr. Pierre Bonin, in *Droit de l'enseignement supérieur, op. cit.*, 2018, p. 1-12. Concernant les Professeurs des Universités, la tradition élective est ancienne jusqu'à l'élection du recteur par ses pairs. L'ingérence du Roi, puis le décret de 1808 prévoyant la nomination des dirigeants des facultés par l'exécutif, vinrent créer une rupture.

[9] Loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur.

[10] Voir G. Vedel, « Autonomie et participation : bilan de la loi d'orientation », *RFAP*, n° 14, 1980, p. 327. L'interdisciplinarité fait également partie de ces principes centraux. Si elle n'est pas directement liée à notre étude, elle expliquera nombre d'évolutions dans le paysage universitaire *post* 1968, tout particulièrement dans la transformation de ce qui était l'« Université de Paris », et au-delà.

[11] C'est en ce sens étymologique que sera employé le terme de « politique ».

[12] L'expression est de nous.

expressions publiques institutionnelles[13]. Ouverte par nature à la société (A), l'université constitue également un espace politique propre, sorte de société miniature (B).

A – L'université en prise avec le reste de la société

Affirmons-le donc d'emblée : les établissements universitaires sont en lien avec l'extérieur, c'est-à-dire avec ce que d'aucuns nomment la « démocratie réelle »[14]. Chacun sait ainsi à quel point l'université peut être, en elle-même, un lieu de débats et de mobilisations. Déjà, en mai 1968, la naissance des universités modernes résultait des bouleversements provoqués par le mouvement social[15], forme de participation démocratique[16].

Aujourd'hui, la « démocratisation »[17] des universités est indéniable et leur large ouverture en témoigne : ouverture aux collectivités territoriales (et à leurs élus), ouverture aux organismes de recherche et à d'autres établissements d'enseignement, du supérieur comme du secondaire, ou encore ouverture au monde des entreprises, au secteur associatif, aux syndicats… Issues de ces catégories, des « personnalités extérieures » siègent ainsi dans la quasi-totalité des conseils universitaires[18]. La dénomination de ces personnalités est d'ailleurs évocatrice : la plupart des autres établissements publics les qualifie de « personnalités qualifiées »[19].

De manière générale, les textes encadrant l'enseignement supérieur n'ont progressivement cessé de vouloir approfondir les liens entre l'université et le reste de la société et la dernière loi de programmation de la recherche de décembre 2020 comporte même un titre intitulé « Renforcer les relations de la recherche avec l'économie et la société »[20]. Prévoyant diverses mesures d'ouverture au monde de l'entreprise, il vise à favoriser « l'information des citoyens dans le cadre de la politique nationale de science ouverte et la diffusion de la

[13] Ainsi du communiqué relatif au projet de loi immigration, signé par près d'une centaine d'établissements ou encore de la tribune de 14 présidents appelant à la mise en place d'une allocation d'études pour tous les étudiants, Le Monde, 20 septembre 2023, p. 26.

[14] A. Cordeiro, « Vous avez dit « Démocratie réelle » ? », *Multitudes*, vol. 55, n° 1, 2014, p. 203-210.

[15] A. Prost, « 1968 : mort et naissance de l'université française », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, n° 23, juillet-septembre 1989, p. 59-70.

[16] Dans ces pages, voir E. Chateaux, « Désobéissance civile : menace ou ressort de la démocratie ? ».

[17] Dans un sens d'ouverture vers l'extérieur. Pour une mise en perspective et des références multiples, en science politique, voir A. Noël ; C. Martin, « La démocratisation du social », *Lien social et Politiques*, 2002, n° 48, p. 5-15.

[18] Au sein des conseils des unités de formation et de recherche (UFR), les personnalités extérieures peuvent représenter de 20 à 50% des membres (article L713-3 C. éduc.). Leur proportion représente 30 à 50% des membres des conseils des instituts et des écoles des universités (art. L713-9). Pour ce qui est des conseils dits « centraux » : 10 à 30% de la commission de la recherche, art. L712-5 ; 10 à 15% de la commission de la formation et de la vie universitaire, art. L712-6 ; entre 1/5e et 1/3 au sein du conseil d'administration (CA), article L712-3. En 2019, elles occuperaient même « 47,4% des sièges » des CA (ou de l'instance en tenant lieu) des établissements publics expérimentaux (EPE) issus de l'ordonnance *Vidal* du 12 déc. 2018 : E.-P. Guiselin, « Les établissements publics expérimentaux de l'ordonnance Vidal, une nouvelle forme d'université ? », *RFDA*, 2020, p. 752.

[19] Ainsi du CNRS (art. R322-5 C. éduc.) et des conseils d'administration des collèges et lycées (art. R421-14) ; pour les établissements de santé, v. art. R6143-2 et s. du Code de santé publique.

[20] Loi n° 2020-1674 du 24 décembre 2020 de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur. Aussi dite *LPR* (ex-LPPR), Titre IV.

culture »[21]. Dans le même sens, dès 2007 la loi *LRU*[22] créait deux nouvelles structures encore peu connues et dont il faut mentionner l'existence, les fondations « universitaires »[23] et les fondations « partenariales »[24]. Leur but était, là aussi, explicite : s'ouvrir au monde de l'entreprise[25].

Enfin, la place des collectivités territoriales, c'est-à-dire de la démocratie locale, a remarquablement gagné en importance depuis une quinzaine d'années. Dans les différentes instances gouvernantes, des lois successives leur ont accordé davantage de poids et une capacité décisionnaire nouvelle[26]. En parallèle, ces collectivités devenaient associées à l'exercice de contractualisation des établissements avec l'Etat[27]. Il en est de même concernant la détermination des schémas nationaux, régionaux voire locaux de l'enseignement supérieur[28]. Dans les universités extra-hexagonales, le rôle joué par les collectivités est encore plus important ; leurs particularismes nécessiteraient d'ailleurs une étude complète[29]. Exemple ultime de ces liens entre le monde universitaire et le reste de la société, signalons également que la mobilisation des collectivités a même pu conduire à l'apparition de nouvelles universités. Tel fut par exemple le cas avec l'Université de Nîmes (2007), celle de La Rochelle (1993), ou encore de manière absolument flagrante à Pau[30], grâce à la mobilisation de la ville et de l'ensemble des élus du territoires[31]. En juin 1968, les facultés de lettres et de sciences

[21] Article L411-1 c) , C. éduc., listant des missions des personnels de la recherche.
[22] Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités, article 28.
[23] Article L719-12 C. éduc. ; article R719-194 à R719-205 du même code. Dans le sens de notre démonstration, « les personnes publiques ne peuvent apporter plus de 50 % du montant de la dotation initiale », article R719-202.
[24] Article L719-13 C. éduc. Voir le « Guide des fondations partenariales », *MESRI-DGSIP*, mai 2019. Pour les différences juridiques originelles entre les deux fondations, les débats et enjeux, lire : T. Le Mercier et R. Romi, « Les fondations ou la rencontre des mondes économique et universitaire », *AJDA*, 2008, p. 2379.
[25] Voir, par ex., l'interventions du Sénateur et Professeur Hugues Portelli : J. O. Sénat C.R., 12 juillet 2007, p. 2196. L'étude de leur conseil de gestion (fondation universitaire) ou d'administration (fondation partenariale) serait un élément supplémentaire au regard de la place qui peut être laissée aux membres n'étant pas issus de l'université à laquelle est liée la fondation, renforcée par la *LPR* du 24 décembre 2020.
[26] Au sein des conseils d'administration, l'article L712-3 réserve des sièges aux collectivités territoriales. De son côté, la loi n° 2013-660, dite *Fioraso*, du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche va permettre aux collectivités, et plus globalement à toutes les personnalités extérieures, de voter pour le président d'université (article 47). Une prérogative non négligeable.
[27] Notamment par la modification de l'article L. 718-5 C. éduc. en 2020 par la *LPR*.
[28] Voir B. Toulemonde, « Les compétences des collectivités territoriales », in *Droit de l'enseignement supérieur*, 2018, *op. cit.*, p. 139-142. Pour un bilan détaillé, voir le rapport public thématique de la Cour des comptes, « Universités et territoires », février 2023.
[29] Voir notamment « Titre VII : Dispositions relatives à l'outre-mer », articles L771-1 et s., C. éduc. Concernant l'Université de Guyane, voir l'article L771-11, II ; pour l'Université de Polynésie française : article L776-1 ; pour l'Université de Nouvelle-Calédonie : article L777-1. Quant à l'Université de Corse, la collectivité dispose de compétences particulières : articles L4424-3 et L4424-4 du Code général des collectivités territoriales.
[30] Parcourir l'épais et passionnant ouvrage V. Pereira (dir.), L'Université *de Pau et des Pays de l'Adour : un demi-siècle d'Histoire*, PU de Pau et des Pays de l'Adour, 2021, 638 p., principalement les différentes contributions de Laurent Jalabert. Pour remonter dans l'histoire, la création en 1882 de l'« École supérieure de physique et de chimie industrielles », directement par le Conseil de Paris, est tout à fait remarquable. L'École existe toujours.
[31] En guise de remerciement, dès les premiers jours furent nommés personnalités extérieures membres de droit les Présidents des Conseils généraux des Landes et des Pyrénées-Atlantiques, ainsi que le maire de Pau, bientôt rejoint par ceux de Bayonne et de Tarbes. Voir, L. Jalabert, « Vers l'autonomie de l'université de Pau et des Pays de l'Adour (1945-1970) », in V. Pereira (dir.), *ibid.*, 2021, p. 210.

« autoproclam[aient] » leur autonomie[32] ; un décret du 17 décembre 1970 érigera officiellement l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, suivant le souhait exprimé en « Assemblée constituante »[33].

Ouverte sur et à la société, l'université en est elle-même une, en format réduit. Les mécanismes d'expression démocratique existant conduisent à ce constat, dont les conséquences politiques sont nombreuses.

B – L'université elle-même société miniature

Historien de renom, René Rémond est le premier Président de l'Université Paris X - Nanterre. De cette expérience, il publiera *La Règle et le consentement*, éloquemment sous-titré « Gouverner une société »[34]. Selon Christine Musselin, sociologue spécialiste des universités, « pour René Rémond, le "gouvernement" d'une Université est comparable à celui d'une Société […]. Pour lui, l'Université est une société en miniature »[35]. Trois éléments principaux peuvent appuyer ce propos.

D'abord, il serait paradoxal d'opposer l'engagement au sein de l'université, syndical ou associatif, à la participation à la « société politique »[36]. L'engagement premier peut en effet rapprocher du second, voire même y amener. Ainsi, l'université constitue souvent le cadre d'une première expérience de vote décisionnaire, voire même de première expérience élective, et cela pour tous les membres de la communauté universitaire. On pourrait même relier cela à la mission de l'université de former des esprits éclairés. À l'issue de son mandat à l'Université Paris 8, la Présidente Danielle Tartakowsky écrivait : « la présidence d'une université est indéniablement une fonction politique. Elle l'est, bien sûr, par son caractère électif qui pose la question de l'exercice de la démocratie et du sens de la représentation »[37]. À elle seule, la catégorie d'élection administrative ne permet donc pas d'appréhender entièrement ce que peut représenter un tel moment[38]. Concernant les étudiants, le Doyen Emmanuel-Pie Guiselin envisage même « l'intégration des élections étudiantes à un processus politique »[39]. Malgré des

[32] L. Jalabert, « Mai 68 à Pau », in V. Pereira (dir.), *ibid.*, 2021, p. 201. Où l'on apprend aussi que le mouvementne s'est quasiment pas répandu chez les étudiants palois, sauf dans la revendication d'une université autonome (de celle de Bordeaux, principalement).

[33] Réunissant les deux facultés ainsi qu'une nouvelle, faculté de droit et sciences économiques. Voir L. Jalabert, « Vers l'autonomie de l'université de Pau et des Pays de l'Adour (1945-1970) », in V. Pereira (dir.), *ibid*., 2021. Voir également le décret n° 70-1174 du 17 décembre 1970.

[34] Première éd. Fayard, 1979. Réédition en 2022, éd. France Universités, PU de Paris Nanterre et Presses de Sciences Po.

[35] Interview de la Directrice de recherche CNRS en date du 16 mars 2022, *France Universités Infos*.

[36] Voir J.-H. Guay, « L'apprentissage de la démocratie », in *Éthique publique*, vol. 13, n° 2, 2011, notamment sa partie « synthèse ».

[37] D. Tartakowsky, *Construire l'Université au XXIe siècle, Récits d'une présidence, Paris 8 – 2012-2016*, Éditions du Détour, 2017, p. 10.

[38] Voir le passionnant article de N. Kada, « Les élections "administratives" », *RDP*, n° 6, 2017, p. 1487.

[39] Voir l'entrée E.-P. Guiselin, « Élections étudiantes », in P. Bertoni et R. Matta-Duvignau (dir.) *Dictionnaire critique du droit de l'éducation. Tome 2 : Droit de l'enseignement supérieur*, Mare & Martin, 2021, p. 193. Pour aller plus loin, du même auteur : « L'étudiant et la démocratie universitaire : contribution pour un statut », *AJDA*, 2012, n° 17, p. 928.

règles pouvant ne laisser qu'une place réduite au collège des usagers[40], ceux-ci peuvent jouer un véritable rôle d'arbitre en faisant basculer une majorité dans l'adoption ou le rejet d'une mesure ou dans la désignation d'un directeur de composante ou d'une présidence d'université[41]. De surcroit, les élus étudiants peuvent participer à la gouvernance de leur établissement, certains rejoignant même son « bureau »[42]. En tout état de cause, l'enjeu est bien plus important que dans les degrés inférieurs d'enseignement[43] et la démarche peut se faire politique.

Ensuite, le principe de participation affirmé par la loi *Faure* nous semble pouvoir être directement rapproché du 8ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Pour l'ensemble de la société, celui-ci proclame le principe voulant que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »[44]. À ce propos, les syndicats étudiants comptent parmi leurs revendications les plus historiques celle de considérer l'étudiant comme un « jeune travailleur intellectuel »[45]. Contestée par le Conseil constitutionnel[46], la reconnaissance d'une telle qualification emporterait-elle application de l'alinéa précité, comme c'est le cas pour les salariés de l'université ? Cela constituerait une nouvelle confirmation des propos du Président Rémond. Bien qu'hypothétique, cette situation permettrait de renforcer formellement le principe de participation et de considérer pleinement la démocratie (universitaire) « non comme un état » mais, plutôt, en « mouvement », pour paraphraser le Professeur Burdeau[47].

Enfin, ajoutons qu'il existe une disposition méconnue constituant un véritable instrument de contre-pouvoir collectif en ce que « la démission concomitante des deux tiers des membres titulaires du conseil d'administration […] emport[e] la dissolution du conseil d'administration et du conseil académique et la fin du mandat du président de l'université »[48]. Selon les interprétations de chacun, on pourrait voir poindre l'instauration d'une forme de responsabilité de ce dernier vis-à-vis de l'assemblée dont il est issu. Certes, « les conseils des

[40] Voir II. A. Juridiquement, les usagers correspondent au collège électoral intégrant notamment les « étudiants » (article L811-1 C. éduc.) et, concernant les conseils portant sur la recherche, intégrant les « doctorants » (v. article D. 719-1 à D. 719-40, même code).

[41] À titre d'anecdote, en 1979 déjà, sur une proposition de loi du député Philipe Seguin tendant à permettre la rééligibilité des présidents d'université, est déposé par le député Antoine Rufenacht un amendement visant « à n'accepter comme électeurs que les seuls professeurs et maîtres de conférences titulaires avec la condition qu'ils soient membres du conseil », ciblant les étudiants et leur poids trop important dans les conseils. Voir A. Gimenez, *Les présidents d'université en France. Étude sur le statut et la fonction dans l'établissement,* (dir. J.-M. Lemoyne de Forges), Mémoire de DESS, Université Panthéon-Assas, septembre 1999.

[42] Généralement un ou plusieurs vice-présidents étudiants, en fonction des statuts ou du règlement intérieur de chaque établissement. C'est par exemple le cas à Paris 1, Dauphine ou encore à l'Université de Bretagne Occidentale (UBO) qui a adopté un « Statut de l'élu-e étudiant-e », dont l'article 6 « Vice-Président-e-s Étudiant-e-s » prévoit les larges compétences dont ils ont la charge.

[43] P. Bertoni ; R. Matta-Duvignau (dir.), *Dictionnaire critique du droit de l'éducation. T.1 : Droit de l'enseignement scolaire*., Mare & Martin, 2021.

[44] Ce principe s'applique également aux personnels de droit public : Conseil constitutionnel, décision n° 2010-91 QPC du 28 janvier 2011, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux.* Dans sa mise en application néanmoins, la jurisprudence du Conseil se fait peu protectrice.

[45] Article 1er de la Déclaration des Droits et Devoirs de l'Étudiant, adoptée à Grenoble le 25 avril 1946.

[46] Conseil constitutionnel, décision n° 80-120 DC du 17 juillet 1980, considérant 3.

[47] G. Burdeau, *La Démocratie*, Seuil, 1956, p. 179.

[48] Article L719-1 du Code de l'éducation, avant-dernier alinéa.

universités […] ne sont pas des assemblées locales » au sens de l'article 34 de la Constitution[49]. L'Université constitue pourtant bel et bien, pour nous, une société – politique – miniature. Penchons-nous sur le fonctionnement de celle-ci.

II – Une université bâtie largement sur un système électif

À l'inverse de l'indépendance des enseignants-chercheurs[50], le principe d'autonomie des universités n'a pas valeur constitutionnelle[51]. Les deux sont pourtant intimement liés lorsqu'il s'agit de – tenter de[52] – protéger les « libertés universitaires »[53]. Celle a conduit à la mise en place d'un complexe système stratifié (A), où tout pouvoir trouve racine dans l'élection. Les dernières évolutions normatives ont conduit certains établissements à tenter d'innover pour retrouver une démocratie de substance, dépassant les seules échéances électorales (B).

A – Du fonctionnement de la démocratie universitaire : strates et paillettes

Comme l'écrivait Hans Kelsen, « l'élection s'oppose directement à la nomination, qui est la méthode de création d'organes propres à l'autocratie réelle »[54]. Malgré des résurgences du passé[55], l'enseignement supérieur en encore relativement protégé. Quant aux paillettes, ainsi, l'observation des cycles électoraux peut parfois être l'occasion de remarquables célébrations. Tel est évidemment le cas pour les élus, voire les électeurs, obtenant les résultats souhaités[56]. Tel est le cas pour le juriste, curieux, observant l'augmentation du contentieux entourant ces

[49] CE, Sect., 4 novembre 1977, n° 01676 02365. Sur la notion, voir I. Muller-Quoy, *Droit des assemblées locales*, LGDJ, 2024.

[50] Principe de rang constitutionnel par la reconnaissance d'un « principe fondamental reconnu par les lois de la république », d'abord pour les professeurs des universités par la décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, progressivement élargi à tous les enseignants chercheurs, v. notam. les décisions n° 93-322 DC ; n° 94-355 DC ; n° 2010-20/21 QPC ; n° 2020-810 DC.

[51] Voir, dernièrement, CE, 23 novembre 2016, n° 395652, *CPU* : « 5. Considérant que le principe d'autonomie des universités, s'il est consacré par l'article L. 711-1 du code de l'éducation cité ci-dessous, n'a pas, en revanche, de valeur constitutionnelle ». Dès 1960, le doyen Vedel établissait une distinction entre les garanties (statutaires) bénéficiant aux membres de l'université et celles relatives au service (facultés et universités). Elle sera reprise par le Conseil constitutionnel à l'occasion de sa décision de 1984 que l'ont dit avoir été rédigée par le conseiller… Georges Vedel.

[52] Voir notamment : Y. Jégouzo, « Autonomie universitaire *versus* libertés académiques », *AJDA*, 2011, p. 2497 et, 10 ans plus tard, sous le même titre, F. Melleray, « Autonomie universitaire *versus* libertés académiques », *AJDA*, 2021 p. 561.

[53] Voir Ch. Fortier, *L'organisation de la liberté de la recherche en France : étude de droit public*, Thèse de Droit (sous la direction de B. Mathieu), Université de Bourgogne, 2004, 601 p., ou la thèse de C. Fernandès, *Des libertés universitaires en France* (Dir.. Ch. Fortier), UBFC, 2017, 610 p.

[54] H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, trad. Ch. Eisenmann, 1988, Economica, p. 79.

[55] Depuis 2019, le président de l'« Université Gustave Eiffel », établissement public expérimental (EPE), n'est plus élu mais nommé par décret du Président de la République en application de l'article 13 de la Constitution. Sur le même fondement, c'est aussi le cas du Président du CNRS. Moins surprenant, la désignation du ministre chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche ne procède pas non plus d'une élection (art. 8 al. 2 de la Constitution).

[56] Qu'il soit permis de renvoyer les curieux vers la passionnante base de donnée « elections-etu.fr », collaborative et librement accessible.

élections[57] et leur lot de fantaisies[58]. Tel est le cas, enfin, lorsque l'on constate la place qu'ont acquis les principes de participation et de collégialité dans l'enseignement supérieur public, « contribu[ant] à forger en une cinquantaine d'années un système électoral mature »[59].

Concernant les strates de la démocratie universitaire, elles sont nombreuses et s'enchevêtrent pour créer une superposition complexe, à plus forte raison alors que des différences peuvent exister d'un établissement à l'autre[60] (ou en fonction des collèges électoraux, des rattachements ou des inscriptions[61]). L'élection est la source centrale du fonctionnement de cette démocratie universitaire, quand bien même l'électeur n'aurait pas pleine conscience de l'ensemble des retombées de son vote. C'est ainsi que les élus étudiants du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (CNESER) sont désignés par les seuls usagers étant eux-mêmes élus au sein d'un conseil « central » d'un EPSCP[62]. Ce suffrage indirect se manifeste également lorsque les membres d'un conseil de l'université élisent leur président ou directeur[63]. Ou encore dans la désignation des membres qui composeront d'autres organes[64], qui pourront eux-même désigner un président ou directeur, créant autant de nouvelles strates. Celles-ci sont d'autant plus nombreuses qu'il peut exister

[57] Voir les annuelles *Lettre d'information juridique hors-série : Bilan de l'activité contentieuse*, par la DAJ du MESRI.

[58] Comme, par exemple, l'élection à la présidence de l'Université de Strasbourg d'un professeur des universités prêtre de l'église catholique (validant l'élection) : TA Strasbourg, 14 déc. 2017, n° 1703016. Confirmant et refusant de transmettre une QPC : CE, 27 juin 2017, n° 419595. Voir aussi la contestation de l'élection d'un professeur du secondaire, non docteur : TA Rennes, 29 juill. 2016, n° 1601615.

[59] E.-P. Guiselin, « Les élections universitaires de 2020 : des établissements expérimentaux à la crise sanitaire », *RFDA*, 2020, p. 762.

[60] Les universités listées à l'article D711-1 C. éduc. se voient appliquer les règles de droit commun prévues au « Chapitre II : Les universités » auquel il faut se référer. Elles laissent aux statuts une certaine marge, notamment concernant le nombre d'élus de chaque collège électoral, par exemple concernant les personnalités extérieures, comme il a été vu. Des règles dérogatoires existent pour d'autres formes d'EPSCP (malgré le nom d'« université » qu'ils ont pu se donner). C'est principalement le cas pour les « grands établissements » de l'article D711-3 et pour ceux s'étant soumis à l'ordonnance n° 2018-1131 du 12 décembre 2018 relative à l'expérimentation de nouvelles formes de rapprochement, de regroupement ou de fusion des établissements d'enseignement supérieur et de recherche (article D711-6-1), les EPE.

[61] La participation au conseil d'une école doctorale ne concerne ainsi que les usagers inscrits en troisième cycle, art. L612-7 C. éduc. et arrêté du 25 mai 2016 fixant le cadre national de la formation et les modalités conduisant à la délivrance du diplôme national de doctorat.

[62] Les conseils dits « centraux » sont le conseil d'administration (CA), la commission de la formation et de la vie universitaire et la commissions de la recherche (ces deux derniers formant, ensemble, le conseil académique), ou les organes en tenant lieu dans les établissements se voyant appliquer les règles dérogatoires au droit commun. Ces élus usagers au suffrage direct deviennent grands électeurs pour le CNESER, article D232-4 C. éduc. De la même façon, seuls les 182 élus étudiants titulaires siégeant au CA d'un CROUS peuvent voter pour les 8 représentants étudiants au CA du Centre national des œuvres universitaires et scolaires (CNOUS), article R822-5.

[63] Le président d'une université est ainsi élu par les membres de son CA (art. L712-2 C. éduc.) ; le conseil académique désigne son président ainsi qu'un vice-président étudiant (art. L712-4) ; les directeurs d'UFR (art. L713-3) et d'instituts (art. L713-9) sont désignés par leur conseil de ces composantes. Enfin, c'est aux statuts de prévoir la composition du bureau (élu, article L712-2).

[64] Par exemple, membre du conseil de gestion d'une fondation universitaire ou d'un conseil documentaire (art. D714-35 C. éduc.), membre du bureau d'une université (art. L712-2), de la section permanente (au CROUS, art. R822-6) ou d'une commission permanente (au CNESER, art. D232-20).

plusieurs niveaux « de proximité », au sein des universités[65] ou au-dessus d'elles[66]. Par ailleurs, bien que cela soit souvent oublié, il existe également des élections nationales à scrutin direct[67] et, pour les étudiants, une « circonscription » académique[68]. Enfin, des règles de représentativité existent afin que femmes et hommes soient représentés de manière paritaire parmi les élus[69].

Quoique d'une nature différente, il existe aussi un niveau de représentation formant ce que nous appelons une « démocratie de corps »[70], basée sur le statut ou la fonction de l'universitaire. Outre l'existence des syndicats et organisations représentatives[71], certaines de ces structures se sont même vu reconnaitre un certain rôle institutionnel par les textes : tel est ainsi le cas des conférences de présidents d'établissements[72] ou de directeurs de composantes[73]. Pour d'autres conférences ou réseaux, par exemple de vice-présidents, il s'agit principalement d'avoir un rôle de mutualisation, de partage de la connaissance ou des bonnes pratiques[74].

---

[65] Du bas vers le haut, créés par délibération du conseil d'administration de l'université après avis du conseil académique (art. L713-1 C. éduc.) : conseil d'un département, laboratoire ou centre de recherche associé à une UFR (art. L713-3, al. 1) ; conseil d'UFR (art. L713-3) ; conseil d'un regroupement de composantes (art. L713-1, 3°, les « collégiums » de l'Université de Lorraine ; les facultés de Lettres et de Sciences et Ingénierie de Sorbonne Université) ou encore le conseil des directeurs de composantes de l'article L713-1, al. 5.

[66] Ainsi les établissements et leurs membres peuvent-ils être représentés au CA d'un regroupement d'établissements, par ex. une communauté d'universités et établissements (COMUE, art. L718-11 C. éduc.) ou un grand établissement (pour PSL, voir art. 27 du décret n° 2019-1130). Ou encore l'établissement public Campus Condorcet (art. L345-3), intégrant notamment Paris 1, Paris 8, Sorbonne Nouvelle, l'EPHE-PSL…

[67] Tel est ainsi le cas pour l'élection des représentants des personnels des EPSCP au CNESER (art. D232-4 C. éduc.) ou pour au moins deux tiers des membres de chaque section du Conseil national des universités (art. 4 du décret n° 92-70 du 16 janvier 1992).

[68] Académies accueillant un CROUS (art. D822-9-1 C. éduc.), les étudiants votant ainsi pour le CA de leur CROUS (art. R822-12 et s.).

[69] Les personnalités extérieures du CA doivent comprendre « autant de femmes que d'hommes » (art. L712-3 C. éduc.). Par ailleurs, concernant les membres élus, « chaque liste de candidats est composée alternativement d'un candidat de chaque sexe », dans tous les conseils (art. L719-1).

[70] L'expression est de nous ; peut-être doit-elle être améliorée. Nous penchions précédemment pour celle de « démocratie corporatiste » mais elle renvoie aux sombres heures de l'histoire, vichystes et mussoliniennes. L'expression « démocratie de fonction » pourrait éventuellement être envisagée, pour autant que ce dernier terme soit entendu en son sens le plus large.

[71] Article L811-3 : « Sont regardées comme représentatives les associations d'étudiants qui ont pour objet la défense des droits et intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des étudiants et, à ce titre, siègent au Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche ou au conseil d'administration du Centre national des oeuvres universitaires et scolaires. […] ». Voir aussi l'entrée R. Morder, « Associations et syndicats étudiants », in P. Bertoni ; R. Matta-Duvignau (dir.) *Dictionnaire critique… Tome 2*, 2021, *op. cit.* Pour les organisations syndicales des agents publics, voir l'article 3, al. 4 du décret n° 82-447 du 28 mai 1982.

[72] La « Conférence des directeurs des écoles françaises d'ingénieurs » et « France Universités » (ancienne « Conférence des présidents d'université »), deux associations de loi 1901, forment la Conférence des chefs d'établissements de l'enseignement supérieur reconnue à l'article L233-1 du Code de l'éducation. L'article L233-2, issu de la *LRU*, leur confie des prérogatives toutes particulières. Elles ont aussi la charge de représenter les responsables d'EPSCP au CNESER (art. D232-3, I.) et même au Conseil supérieur de l'éducation (art. R231-2).

[73] Notamment en médecine, économie, sciences… Existe aussi en notre matière, voir F. Colly, « Conférence des doyens. L'exemple d'une conférence historique : la conférence des doyens de droit », in P. Bertoni ; R. Matta-Duvignau (dir.), *Dictionnaire critique… Tome 2*, 2021, *op. cit.* Cette conférence fit l'objet d'une exceptionnelle reconnaissance lors de la création par un décret n° 2008-420 du 29 avril 2008 d'un Conseil national du droit « placé auprès du garde des sceaux […] et du ministre chargé de l'enseignement supérieur » (art. 1er), abrogé en 2021. Pour l'histoire de sa création, voir D. Truchet, « Le Conseil national du droit », in Y. Gaudemet, *Les facultés de droit demain, RDP*, Hors-série 2013, p. 120.

[74] Associations n'ayant, elles, pas de réelle reconnaissance juridique. Par exemple, la CEVPU qui réunit les vice-présidents étudiants des conseils centraux, le réseau des Vice-présidents Recherche et innovation, l'association des

Pour autant, il semble qu'il faille nuancer le tableau idyllique d'un système sans défaut[75]. Puisque l'université constitue un miroir de la société, comme nous l'avons montré, leurs maux peuvent parfois être communs[76]. Ainsi, le taux de participation aux différents scrutins est parfois affreusement faible[77]. Dans le même temps, la dénonciation d'une « présidentialisation » de la gestion des établissements[78] et les appels à l'amélioration de la démocratie interne ne sont pas rares[79]. En outre, les réglementations expérimentales dérogatoires[80] et les nouvelles formes d'établissements du supérieur[81] peuvent conduire à un remodelage des conseils des établissements au détriment de la représentation élue[82], principalement étudiante[83]. Quitte à, parfois et malgré le système électif stratifié existant,

vice-présidents en charge du numérique… Ou encore, éventuellement, les associations scientifiques dans certaines de leurs activités.

[75] Pour lire une critique plus forte encore : S. Bernard, « Les établissements publics expérimentaux : une révolution silencieuse pour l'enseignement supérieur et la recherche ? », *AJDA*, 2020 p. 2306, notamment le « II - L'affadissement du modèle universitaire ».

[76] Voir, évidemment, les autres contributions publiées dans cet ouvrage. Pour des pistes comparées et radicalement différentes de ce que l'on connaît, voir la contribution de C. Chaaya : « Un Consociationalisme libanais antiparlementaire ? ».

[77] À l'Université des Antilles, chez les usagers, la participation atteint 1,95% en secteur Martinique, 3,25% en secteur Guadeloupe. À Sorbonne Université ce sera 3,8% de participation (CA, novembre 2023). En moyenne, la participation étudiante avoisine 10% (8,77% aux CROUS en février 2024). Chez les personnels, le taux de participation au CSA du MESR est de 19,2% (-11,3 points, déc. 2022) mais remonte pour le CNU (seulement les enseignants-chercheurs) : 52,9 %.

[78] À partir de la loi *LRU* pour la Cour des comptes : « Les universités à l'horizon 2030 : plus de libertés, plus de responsabilités », *Note enjeux structurels*, octobre 2021, p. 15. La possibilité ouverte aux établissements publics expérimentaux (EPE) d'allonger le mandat des présidents d'établissement à 5 ans, éventuellement renouvelable, s'inscrit dans cette tendance (voir *infra*).

[79] En 1987 déjà, C. Musselin, *Systèmes de gouvernement ou cohésion universitaire : les capacités d'action collective de deux universités allemandes et de deux universités françaises*, Thèse de doctorat en sociologie (Directeur : M. Crozier), IEP de Paris. Sous un angle différent, au sein des CA des CROUS, le manque de dialogue en conseil : « Le réseau CNOUS - CROUS : points forts… », *IGESR*, avril 2023, *op. cit.* Dans les rapports entre membres de l'université, voir l'opinion du Pr. O. Beaud, *Le savoir en danger. Menaces sur la liberté académique*, PUF, 2021, principalement son « Chapitre 6 : L'Administration de l'université et ses entraves à la liberté académique » (p. 161).

[80] L'article 10 de l'ordonnance *Vidal* du 12 décembre 2018 n° 2018-1131 divise ainsi par deux la part obligatoire d'élus dans le CA des EPSCP expérimentaux, qui passe à 40%. L'article 6 permet de déroger à la limite d'âge des présidents d'établissement de l'article L711-10. Finalement, les statuts des EPE peuvent déroger à l'ensemble des dispositions des livres VI et VII (!!) du Code de l'éducation (art. 11), conduisant par exemple à ce que le président d'établissement puisse ne plus être élu (pour 4 ans) mais nommé, comme à l'Université Gustave Eiffel (pour 5 ans).

[81] Même si l'article L717-1 C. éduc. impose « le respect des principes d'autonomie et de démocratie » dans les règles de fonctionnement des « grands établissements », il permet aussi un grand nombre de dérogation au droit commun, notamment à l'article L719-1.

[82] À l'Université Paris-Cité comme à Nice, tous deux EPE régis par l'ordonnance *Vidal* de 2018, certains directeurs de composantes ne sont plus élus mais nommés par la présidence de l'établissement, dans un objectif de choix total de son équipe (mais donc sans contre-pouvoir). Si le droit commun prévoit que les représentants élus représentent entre 2/3 et presque 4/5 du CA, ils sont minoritaires à l'université Gustave-Eiffel (43 %) et à peine 50% à CY Cergy Paris Université, à Nice et à l'université Paris-Saclay. Ce dernier établissement a d'ailleurs dû être placé sous administration provisoire le 1er mars dernier en raison du refus des syndicats, arrivés majoritaires (10 sièges d'élus sur 14), de procéder à la désignation des personnalités qualifiées. Selon eux, il existait un risque que ces dernières reconduisent la Présidente sortante (qui n'avait pourtant obtenu que 4 sièges sur 14), à l'appui des règles dérogatoires instituées (élection à la majorité non-qualifiée, sélection des personnalités proposées au CA par un comité extérieur à celui-ci…).

[83] À l'Université Paris Cité, au CA, on compte seulement 3 représentants des usagers pour 63 000 étudiants (sur 28 membres du Conseil). De la même façon, il est aussi préconisé à demi-mot de diminuer du nombre des

conduire à former une « démocratie sans le peuple », pour reprendre l'expression de Maurice Duverger[84].

B – Davantage participative, directe… voire continue : quelques pistes pour aller au-delà de l'aspect électif de la démocratie universitaire

« Le grand vice dans la plupart des anciennes Républiques, c'est que le peuple avait droit d'y prendre des résolutions actives qui demandent quelques exécutions, choses dont il est entièrement incapable. Il ne doit entrer dans le gouvernement que pour choisir ses représentants », défendait Montesquieu[85]. Ces mots, transposés en notre matière, résument la philosophie de certaines règles ici étudiées. Pourtant, par des pratiques nouvelles, de nouvelles formes de démocratie universitaire apparaissent. Démocratie participative[86], directe[87] ou, pour rendre hommage à l'un de nos enseignants, démocratie continue[88] : à ce stade, le nom importe peu mais le concept qu'il identifie, en dehors des élections, a pu donner quelques idées[89]. Il faut dire que l'université a le bénéfice du nombre ! De quelques milliers de membres à plusieurs dizaines de milliers, la taille des établissements du supérieur semble faite pour l'expérimentation de nouveaux dispositifs. Faut-il espérer voir l'université devenir le laboratoire de ces nouvelles pratiques qui fonderont la démocratie de demain ?

C'est dans cette voie que s'est engouffrée Nantes Université (43 000 étudiants ; plus de 4 500 membres du personnel) en installant une « mission démocratie universitaire ». Indépendante de la direction de l'établissement, elle peut être saisie par toutes les instances élues et autorités décisionnelles et a surtout mis en place débats, ateliers et consultations sur des sujets aussi sensibles que les statuts, le processus budgétaire ou le projet d'établissement[90].

---

représentants étudiants dans les CROUS/au CNOUS : « Le réseau CNOUS-CROUS : points forts, points faibles et évolution possible du modèle », *IGESR*, Rapport n° 22-23 002 B, avril 2023.

[84] M. Duverger, *La démocratie sans le peuple*, Seuil, 1967.

[85] Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 2010, p. 240.

[86] « Ensemble des démarches et des procédures qui visent à associer les citoyens "ordinaires" au processus de décision politique », comprenant « la démocratie participative institutionnalisée, qui est mise en œuvre par les autorités afin de compenser un déficit de légitimité et qui est parfois codifiée » et « toutes les initiatives plus spontanées et informelles qui résultent des citoyens eux-mêmes et de la société civile organisée, dans le but de prendre la parole, de protester, de revendiquer, d'interpeler les autorités politiques », « La démocratie participative : entretien avec Loïc Blondiaux », *SES-ENS*, 15 janvier 2018.

[87] Idéal tiré de la Grèce antique, à l'opposé de Montesquieu. Voir J.-J. Rousseau : « Quand on voit chez le plus heureux peuple du monde des troupes de paysans régler les affaires de l'État sous un chêne et se conduire toujours sagement, peut-on s'empêcher de mépriser les raffinements des autres nations, qui se rendent illustres et méprisables avec tant d'art et de mystères ? », *Du contrat social*, livre 4, chapitre 1er, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1965, p. 437.

[88] D. Rousseau : en 1995, *La démocratie continue*, LGDJ. Puis, principalement : *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, 2017 et *Six thèses pour la démocratie continue*, Odile Jacob, 2022. Paru en février 2024 : *Penser, décider, agir - Les contestations*, Belopolie, 56 p.

[89] Pour une mise en perspective, lire A. Levade, « Les voix du peuple. Libre propos sur la crise de la représentation », in *Révolution, constitution, décentralisation. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Verpeaux*, 2020, Dalloz, p. 377-382.

[90] Mission portée par Arnauld Leclerc, Pr. de Science Politique. Voir le premier rapport d'activité et, en annexe, les lettres de mission.

Les nouvelles formes d'établissements[91] permettent aussi leur lot de nouvelles structures, parfois pléthoriques, souvent consultatives. Il en est ainsi du « Sénat académique » de l'Université de Lorraine (111 membres) et de celui de PSL (100 membres), sans néanmoins atteindre le record des 220 membres du Conseil académique de l'ex-communauté d'universités et établissements « Université Paris-Saclay »[92]. Comme CY Cergy Paris Université après elle[93], l'Université Gustave Eiffel a mis en place un « parlement étudiant », « instance de débats politiques traitant des questions de vie étudiante, le parlement étudiant joue un rôle central en matière de vie étudiante et rassemble des étudiants élus et membres d'associations étudiantes domiciliées au sein de l'université »[94]. Celui-ci peut lancer des projets, être consulté par les conseils centraux de l'établissement ou encore les saisir, s'il l'estime nécessaire. À Dauphine, dérogeant là encore au droit commun, l'établissement prévoit l'élection de son Président par l'ensemble des membres des trois conseils centraux réunis dans une sorte de « Congrès »[95]. Deux comités consultatifs originaux ont aussi été installés afin de conseiller l'exécutif, dans un souhait d'ouverture à l'international et au monde économique[96].

Lorsqu'elles dont pensées pour remplacer la démocratie universitaire représentative « classique », ces structures sont néanmoins des plus critiquables. D'ailleurs, une université de droit commun peut tout à fait mettre en place des dispositifs démocratiques innovants sans pour autant déroger au Code de l'éducation[97], seule la volonté suffit. Enfin, le numérique semble être un *medium* efficace pour la mise en place de nouveaux outils[98], surtout à disposition des étudiants. C'est ainsi que l'université Caen Normandie a développé une véritable plateforme participative permettant de se prononcer sur les futurs plans de mobilité, schéma directeur de la vie étudiante, projet d'établissement ou encore permettant de proposer ou de voter sur un budget participatif étudiant. En ce sens, l'existence d'un tel budget participatif est de plus en plus fréquente[99].

[91] Établissement public expérimental (EPE) de l'ordonnance *Vidal* du 12 décembre 2018, « grand établissement » (art. L717-1) voire COMUE, notamment celles étant elles-même des EPE.

[92] Article 11.1 des statuts annexés au décret n° 2014-1674 du 29 décembre 2014 portant création de la communauté d'universités et établissements (COMUE) « Université Paris-Saclay », dans sa version initiale. En 2019, un décret modifie cette disposition pour abaisser le nombre de membres à 93.

[93] L'établissement est un EPE (art. 1 du décret n° 2019-1095 du 28 octobre 2019 portant création de CY Cergy Paris Université et approbation de ses statuts), dérogeant au droit commun du Code de l'éducation. Sta

[94] Chapitre V de l'annexe au décret n° 2019-1360 du 13 décembre 2019 portant création de l'Université Gustave Eiffel et approbation de ses statuts. L'établissement est un EPE (art. 1 du décret), dérogeant au droit commun du Code de l'éducation.

[95] Article 5 du décret n° 2004-186 du 26 février 2004 portant création de l'université Paris-Dauphine, modifié. L'établissement est un « grand établissement au sens de l'article L. 717-1 du code de l'éducation » (art. 1 du décret). D'université, Dauphine n'a donc aujourd'hui juridiquement plus que le nom. Pour rappel, le Président d'une université est élu par son CA (art. L712-2 C. éduc.).

[96] « L'international advisory board » et le « business advisory board ». Une pratique répandue dans les grandes écoles comme à HEC, par exemple.

[97] Ainsi, dans le cadre de son administration provisoire, le Pr. Thomas Clay mit en place à Paris 1 une assemblée des déléguées de promotion. Celle-ci fut néanmoins contestée par certains syndicats qui craignaient d'être remplacés.

[98] Voir E. Forey, « L'apport d'internet aux mécanismes de participation directe », in, A. Delcamp, A.-M. Le Pourhiet, B. Mathieu, D. Rousseau (dir.), *Nouvelles questions sur la démocratie*, Dalloz, 2010, p. 110-111.

[99] Ainsi a-t-on relevé l'université Paris 8, celle de Tours, l'université de Rennes, de Bordeaux, l'UBO, l'UBS, l'UPEC, l'USPN…

Alors que l'année 2024 ouvre un cycle électoral chargé, la moitié des établissements renouvelant en totalité leurs conseils centraux, puissent ces quelques expériences donner des idées aux équipes candidates. Afin, surtout, de préserver la démocratie, universitaire et au-delà. Voire, pourquoi pas, de les renforcer ?

> « Il n'y a pas d'ordre immuable, même lorsqu'il est académique. Il est toujours dangereux d'oublier que les institutions sont aussi mortelles. La perpétuité est un mythe, même s'il est rassurant » Gérard CONAC [100].

[100] G. Conac, « La fondation de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne : François Luchaire, pilote d'une transition institutionnelle », in J. Bougrab ; D. Maus (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Éditions de la Sorbonne, 2005, p. 169-194.

Chapitre 1

Le concept

L'introuvable démocratie

La démocratie : de la participation à l'élection, 2500 ans d'histoire

L'INTROUVABLE DEMOCRATIE

Tom VIDAL

Où se trouve la démocratie ? C'est la question légitime qui se pose lorsque l'exceptionnalité de sa manifestation nous amène à nous poser celle de son existence. Existe un présupposé, un fait presque naturel, selon lequel les républiques libérales et occidentales seraient démocratiques. Cependant, de nombreuses mobilisations sociales contemporaines se font les porte-voix d'un contre-discours contribuant à un mouvement de fond de remise en cause de l'interprétation dominante de la démocratie.

À travers le monde, des « Gilets jaunes » ou de « Nuit debout » en France[1], en passant par le mouvement « Occupy Wall Street » aux États-Unis, la révolution égyptienne de 2011, les Wutbürgers en Allemagne, le G1000 en Belgique, tous ces mouvements demandent une autre démocratie, une « démocratie réelle » pour reprendre le slogan principal du mouvement des Indignés en Espagne, inspiration d'un grand nombre de ces mouvements : « Democracia Real Ya ». Depuis une décennie, des mouvements altermondialistes[2] se multiplient et avec eux ont émergés, d'une part, un « appel en faveur de nouvelles formes de démocratie »[3], et d'autre part, de nouvelles pratiques démocratiques caractérisées par la pratique des assemblées et la délibération collective.

La démocratie représentative serait donc en crise[4]. Son narratif s'élude au profit d'un autre, au profit d'une autre interprétation émergente. La forte abstention, la perte de confiance dans les représentants et la demande d'un accroissement de la participation directe au pouvoir politique illustrent la défiance d'un nombre important d'individus face à la démocratie représentative. C'est le constat duquel nous devons partir lorsqu'un français sur deux a le

[1] Mouvements auxquels on pourrait ajouter désormais le mouvement contre la réforme des retraites dont les revendications ont suscité de nombreux débats sur l'état actuel de la démocratie représentative en France.

[2] S. Dechezelles, M. Olive, « Les mouvements d'occupation : agir, protester, critiquer », *Politix*, 2017, p. 7-34 : « L'altermondialisme s'est caractérisé, au Nord comme au Sud, par des événements protestataires d'ampleur souvent internationale contre le modèle économique et financier néolibéral dont l'une des manifestations majeures a été le mouvement Occupy initialement parti des États-Unis. Plus récemment, une succession de mobilisations visant à contester les régimes ou les élites politiques en place a marqué l'actualité de nombreux pays (au Proche et au Moyen-Orient, en Europe de l'Est et du Sud, etc.). Dans tous les cas, ce qui rapproche les protestataires, ce sont au moins autant les raisons que les « lieux de la colère : les grandes places, emblématiques par leur charge symbolique, offrent aux mobilisations des superficies généreuses et deviennent alors des actants de premier plan ».

[3] D. Graeber, *La démocratie aux marges*, Flammarion, Champs essais, 2018, p.105.

[4] Voir en ce sens G. Grunberg, « Les « gilets jaunes » et la crise de la démocratie représentative », *Le Débat*, 2019/2, n°204, p.95-103 ; F. Facchini, « Les raisons de la crise de la démocratie représentative », *Hal open science*, 2022 ; D. Bougnoux, *La crise de la représentation*, La Découverte, 2019.

sentiment de ne plus vivre dans un pays démocratique[5] et qu'une « proportion importante de Français se méfient de la démocratie représentative en tant que telle »[6]. Les mouvements sociaux qui se sont illustrés ces dernières années posent effectivement la question du « dépassement du système politique représentatif »[7] et d'une « refondation démocratique »[8]. Se construit ainsi un nouvel imaginaire, un renouvellement du concept même de démocratie. Ce qui se joue est bien plus qu'un amendement de la démocratie représentative, mais un changement du paradigme démocratique, un grand retournement idéologique.

Ayant toujours été ambiguë et polysémique, l'interprétation du concept de « démocratie » demeure « l'objet d'une lutte »[9]. Il a fait l'objet d'interprétations et de réinterprétations en fonction du contexte dans lequel il a évolué. Les soulèvements sociaux contemporains appellent de leurs vœux la nécessité de la repenser « au-delà du modèle démocratique libéral, dans le sens d'une démocratie réelle »[10]. Ce sont précisément deux conceptions de la démocratie qui sont en tension ici : d'une part, une démocratie dite « formelle » - c'est-à-dire les démocraties libérales et représentatives – et d'autre part, une démocratie dite « réelle ». La première, dont l'élection est la clef de voute, fait l'objet de vives critiques de la part des mouvements altermondialistes : les procédures parlementaires s'y attachant ne seraient qu'un masque, dépossédant du même coup les citoyens de leur pouvoir politique. La seconde, quant à elle, incarne le cheval de bataille de ces mêmes mouvements et la quête vers un idéal sociétal fondé sur une participation directe à la vie politique. Cette distinction et cette tension se retrouvent sous la plume de Jacques Rancière lorsqu'il écrit que « les lois et les institutions de la démocratie formelle sont les apparences sous lesquelles et les instruments par lesquels s'exerce le pouvoir de la classe bourgeoise » et « la lutte contre ces apparences devint alors la voie vers une démocratie "réelle", une démocratie où la liberté et l'égalité ne seraient plus représentées dans les institutions de la loi et de l'État, mais incarnées dans les formes mêmes de la vie matérielle et de l'expérience sensible »[11]. Un tournant dans l'interprétation majoritaire de la démocratie est donc en train de se jouer, un dépassement de la tension, en faveur de cette seconde acception.

Il s'agira donc de considérer la démocratie sous une autre forme, dirons-nous réactualisée, basée sur un désir croissant de participation citoyenne. Si Wendy Brown affirmait que la popularité de la démocratie dépendait « de son flou et même de sa vacuité de sens et d'effectivité »[12], c'est précisément un éclairage de sa substance dont il faut s'occuper désormais pour que ce signifiant vide se substantialise. S'il est nécessaire d'opérer une distinction entre l'idée de démocratie et la forme de gouvernement qui s'exerce dans nos pays, se pose ensuite la question de sa matérialité : si cette interprétation réactualisée de la démocratie est introuvable

[5] F. Micheau, « France, ta démocratie fout le camp », *Bastille magazine*, 2023.
[6] L. Rouban, « La crise démocratique et ses faux-semblants », *SciencesPo CEVIPOF*, mai 2023.
[7] T. Negri, M. Hardt, « Le combat pour la « démocratie réelle » au cœur de « Occupy Wall Street », *Revue Mouvements*, 2011.
[8] F. Gros, *Désobéir*, Flammarion, Champs essais, 2019, p.2.
[9] J. Rancière, « Les démocraties contre la démocratie » *in Démocratie, dans quel état ?*, La Fabrique éditions, 2009, p.97.
[10] S. Hayat, *Démocratie*, Anamosa, 2020, p.12.
[11] J. Rancière, *La haine de la démocratie*, La Fabrique éditions, 2005, p.8.
[12] W. Brown, « Nous sommes tous démocrates à présent » *in Démocratie, dans quel état ?, op. cit.*, p.59.

dans nos régimes représentatifs, s'est-elle exilée ailleurs ? En rupture avec une démocratie représentative n'en ayant plus que le nom (I), c'est à la marge de ces régimes que s'incarne ce nouvel idéal démocratique (II).

I – Une démocratie introuvable dans la représentation ou la fossilisation des démocraties représentatives

Cette nouvelle interprétation du concept de démocratie n'est en réalité qu'un retour à une antinomie passée, entre représentation et démocratie. Alors qu'à l'origine la démocratie ne pouvait être que directe, le concept de démocratie a été « transformé de manière à incorporer le principe de la représentation »[13] (A). Or, les mouvements altermondialistes remettent justement en question cette jonction et affirment l'obsolescence de la démocratie représentative (B). Dans les pas de la culture jacobine et du mouvement sans-culotte, c'est le principe de la représentation même qui est critiqué et remis en cause[14].

A - L'origine amphibologique[15] des démocraties modernes

Dès son origine, la conception de la démocratie libérale s'éloignait de sa signification étymologique, vidant de tout son sens le concept athénien du fait de son association avec celui de la représentation. La démocratie libérale et représentative s'est effectivement construite sur un rejet de la démocratie directe, de la « démocratie pure »[16] pour reprendre les Fédéralistes. Pour les fondateurs des gouvernements représentatifs, la démocratie a été un repoussoir, la considérant « avec mépris »[17]. Ayant en tête l'idéal de la République romaine, ils « étaient ouvertement opposés à la démocratie »[18] et « n'ont jamais été en faveur de la démocratie (directe) et n'ont jamais souhaité un tel régime »[19].

Cependant, le terme de démocratie s'est ensuite imposé dans l'espace politique et public avec l'élargissement du vote aux milieux populaires, du fait d'un « enthousiasme populaire pour les idées de liberté et de souveraineté populaire qui a contraint les hommes politiques à adopter ce terme »[20]. En France, c'est d'abord les socialistes dans les années 1830 qui se sont réclamés de la démocratie, suivi par les républicains modérés et les conservateurs « contraints de se confronter aux premiers pour conquérir les voix des milieux populaires »[21]. Charles Douglass Lummis va même jusqu'à dire que le terme démocratie « a été volé par ceux qui gouvernent le peuple, pour accroître la légitimité de leur domination »[22].

[13] D. Graeber, *La démocratie aux marges*, *op. cit.*, p.52.
[14] Voir en ce sens G. Grunberg, « Les "gilets jaunes" et la crise de la démocratie représentative », *op. cit.* : l'auteur évoque un « résilience dans notre culture politique des traditions jacobine et sans-culotte » qui se manifeste dans les mouvements sociaux contemporains.
[15] En raison du double sens originel du concept, entre démocratie représentative et directe.
[16] J. Madison, Fédéraliste n° 10, Publius-Madison, 22 novembre 1787.
[17] F. Dupuis-Déri, *La peur du peuple*, Lux Éditeur, 2016, p.19.
[18] D. Graeber, *La démocratie aux marges*, *op. cit.*, p.57.
[19] F. Dupuis-Déri, *La peur du peuple, op. cit.*
[20] *Ibidem*, p.70.
[21] D.Graeber, *La démocratie aux marges*, *op. cit.*, p.60.
[22] C. Douglas Lummis, *Radical Democracy*, Ithaca, Cornelle University Press, 1996, p.15.

Ainsi, « initialement pensés contre la démocratie, les gouvernements représentatifs en ont progressivement adopté le nom »[23], jusqu'à ce que démocratie et élection en deviennent synonymes. Cette jonction entre démocratie et représentation, plus précisément entre démocratie et élection, a transformé le terme, passant d'un « terme grec forgé à l'origine pour décrire une forme d'autogouvernement communauté »[24] pour *in fine* être appliqué à des régimes représentatifs bien plus oligarchiques, voire aristocratiques, que démocratiques. Ainsi, alors que « la pratique sans-culotte et la théorisation jacobine se sont conjuguées pour légitimer l'intervention directe du "peuple" dans le fonctionnement des pouvoirs publics, fragilisant du même coup le régime représentatif »[25], les mouvements sociaux contemporains se font les échos de leurs ancêtres politiques en réclamant l'exercice direct du pouvoir politique.

B – Une représentation a-démocratique

Ce détournement et ce rejet de la démocratie n'est que la traduction selon Francis Dupuis-Déri d'une « peur du peuple », d'une « agoraphobie » - soit « la peur, la haine ou le mépris du peuple assemblé à l'agora pour délibérer et se gouverner »[26] - découlant d'une idée répandue de la tradition philosophique occidentale : « l'incapacité du peuple à agir directement »[27]. La démocratie représentative a été, selon Jacques Rancière, le fruit d'une « haine de la démocratie »[28], plus précisément d'un continuum entre une haine originelle et contemporaine. Cette peur et cette haine de la démocratie persistent, comme le témoigne le rapport *The Crisis of Democracy* de 1975 accusant un excès de démocratie et préconisant la restauration de l'autorité des institutions du gouvernement central. Plus récemment, cette haine est encore présente lorsque, pointant du doigt les limites d'une « démocratie illimitée », elle est comparée à une « dystopie » et à une « dérive (…) ochlocratique »[29].

Loin de constituer le « point final de l'évolution idéologique de l'humanité » et la « forme finale de gouvernement humain »[30], la démocratie libérale – ou la social-démocratie - ne fait plus consensus, laissant place à une nouvelle interprétation de la démocratie. Cette critique se cristallise autour d'une critique de la représentation, plus précisément de l'élection. La démocratie libérale serait lacunaire, d'abord et avant tout parce que « ces régimes sont foncièrement oligarchiques »[31], en ce que le rôle du peuple est « très borné »[32] : soit « arbitrer

[23] S. Hayat, *Démocratie*, *op. cit.*, p.21.
[24] D. Graeber, *La démocratie aux marges*, *op. cit.*, p.110.
[25] G. Grunberg, « Les « gilets jaunes » et la crise de la démocratie représentative », *op. cit.*, p. 97.
[26] F. Dupuis-Déri, *La peur du peuple*, *op. cit.*, p.18.
[27] S. Hayat, *Démocratie*, *op. cit.*, p.20
Sieyès en est l'exemple le plus illustratif : lors de son discours de septembre 1789 à l'Assemblée Nationale il affirme que « la France ne doit pas être une démocratie, mais un régime représentatif (...) Nos concitoyens n'ont ni assez d'instruction, ni assez de loisir, pour vouloir s'occuper directement des lois (...) ; ils doivent donc se borner à se nommer des représentants ».
[28] Que l'on pourrait résumer par ces deux mots d'ordre : « il n'y a qu'une seule bonne démocratie, celle qui réprime la catastrophe de la civilisation démocratique » *in* J. Rancière, *La haine de la démocratie*, *op. cit.*, p.10.
[29] F. Facchini, « Les raisons de la crise de la démocratie représentative », *op. cit.*, p.73.
[30] Voir en ce sens F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, 1993.
[31] S. Hayat, *Démocratie*, *op. cit.*, p.44.
[32] *Ibid.*, p.19.

entre les élites en compétition pour le pouvoir »[33] soit de rester « cantonné à un rôle de spectateur qui ne sied pas avec l'idéal de gouvernement que prétend être la démocratie »[34]. Outre la théorisation, par Bernard Manin, du « caractère irréductiblement aristocratique de l'élection »[35], Jacques Rancière va jusqu'à affirmer que la représentation est de plein droit une forme oligarchique et serait même l'exact opposé de la démocratie. Ainsi, c'est justement parce que le suffrage par choix est intrinsèquement aristocratique, et qu'une minorité, quelle qu'elle soit, gouverne au détriment du plus grand nombre que le qualificatif de « démocratique » est introuvable sous le prisme de l'interprétation réactualisée de la démocratie. C'est justement contre tout titre à gouverner, quel qu'il soit, que les mouvements altermondialistes militent, contre cette démocratie perçue comme formelle dont les procédures parlementaires ne répondent plus aux aspirations égalitaristes et participatives.

Cette abstraction idéaliste de la démocratie représentative, cette « illusion politique »[36] et ce « faux-semblant »[37] qu'elle incarne fait aujourd'hui face à un contre-modèle, qui, loin des schèmes institutionnels traditionnels, s'exerce par des pratiques marginales.

II – La démocratie à l'orée de l'État

Partant de l'interprétation réactualisée de la démocratie que proposent les mouvements altermondialistes (A), la démocratie formelle – c'est-à-dire représentative – n'en a plus que le nom, la participation populaire à la prise de décision collective étant exclue de son fonctionnement. Ainsi, à la question « où se trouve la démocratie ? », nous devons *a priori* répondre qu'elle est introuvable. Elle est néanmoins présente et se trouve là où on ne penserait pas la trouver aux premiers abords, en dehors du cadre traditionnel dans lequel le pouvoir s'exerce (B).

A - Un retour à l'étymologie de la démocratie

Par opposition à cette haine de la démocratie, à cette « agoraphobie », il se joue dans les mouvements sociaux contemporains un retour agoraphile à la conception originelle de la démocratie (directe) basée sur la liberté des Anciens. Le mouvement de fond de réinterprétation de la démocratie signe donc un retour : un retour à l'étymologie du concept - entendu comme le pouvoir direct du peuple assemblé et présupposant la capacité politique du peuple à se gouverner seul. Ce « contre-modèle »[38], cette contre-interprétation, porte beaucoup de noms différents – démocratie réelle, démocratie directe, « principe démocratie »[39], idéal

[33] *Ibid.,* p.19.
[34] F. Facchini, « Les raisons de la crise de la démocratie représentative », *op. cit.*, p. 76.
[35] S. Hayat, *Démocratie*, *op. cit*., p.45.
[36] J. Ellul, « L'homme et la démocratie » *in L'illusion politique*, La Table ronde, Le petit vermillon, 2004.
[37] *Ibidem*, p.309.
[38] S. Hayat, *Démocratie*, *op. cit*., p.22.
[39] Voir en ce sens A. Ogien, S. Laugier, *Le principe démocratie : enquête sur les nouvelles formes du politique*, La Découverte, 2014.

« citoyenniste »[40] - pour désigner *in fine* « l'autonomie des citoyens et leur capacité collective à s'organiser pour surveiller les gouvernants, voire à prendre directement les décisions »[41].

La croyance en l'élection s'effritant, et avec elle la légitimité d'une conception de la démocratie perçue comme archaïque, inefficace, cette nouvelle acception renoue effectivement avec la « liberté des Anciens », avec l'idéal des citoyens grecs qui « associaient la liberté politique à la possibilité de s'assembler à l'agora et d'y prendre la parole publiquement (…), de prendre part directement au processus de prise de décision collective (démocratie directe) »[42]. C'est effectivement ce qui se manifeste dans les mouvements sociaux altermondialistes où l'on retrouve la forme de l'agora et la pratique de l'assemblée comme clefs de voûte de leur fonctionnement, renvoyant à celui de la démocratie athénienne, celle du peuple assemblé et délibérant. À titre d'exemple, l'insurrection des zapatistes en 1994 a été un combat pour la démocratie, un idéal se rapprochant du modèle athénien plutôt qu'aux régimes représentatifs qui se sont désormais approprié le mot.

Fort de cette inspiration des traditions démocratiques de l'Antiquité grecque, c'est un retour à l'étymologie du concept qu'opère ces mouvements sociaux, soit un retour au pouvoir du peuple – ou plus précisément à la « force » (ou à la « puissance ») du peuple. Jacques Rancière propose une définition claire de ce que pourrait être cette démocratie réactualisée : l'absence de titres à gouverner fondés sur une quelconque supériorité, soit une démocratie où tout le monde – et donc n'importe qui – pourrait gouverner. Loin d'un concept abstrait ou un modèle juridico-politique, la démocratie s'incarne par des pratiques irréductiblement égalitaires, puisque là est la substance indubitable de la démocratie : le présupposé de l'égalité des intelligences[43].

Au confluent des idées de Rancière sur ce point, Jacques Ellul préconisait une reconsidération de l'individu dans les processus de prise de décisions collectives, une remise au centre de l'organisation politique de l'individu, non plus considéré comme un simple rouage[44]. Loin d'une « une forme de gouvernement (une façon spécifique de mettre en œuvre l'appareil d'État) », c'est une « une forme de gouvernance (un mode d'auto-organisation collectif) »[45] qui incarne le mieux l'actualisation de l'interprétation de la démocratie et qui s'incarne aujourd'hui en marge de l'État.

B – La démocratie aux marges

S'il est communément admis que la démocratie se transforme, car s'ouvrant à une société mondiale, « au-delà de l'État-nation »[46], il s'agit ici de démontrer que la démocratie se joue à une échelle en deçà de l'État-nation, en marge de l'État. Si pour certains la démocratie

[40] S. Hayat, *Démocratie, op. cit*., p.23, c'est-à-dire l'idéal d'un pouvoir direct des citoyens, sans médiations.
[41] *Ibid.*, p.14.
[42] F. Dupuis-Déri, *La peur du peuple*, op. cit., p.22.
[43] Voir en ce sens J. Rancière, *Le maître ignorant,* Éditeur 10x18, 2004.
[44] V. en ce sens J. Ellul, « L'homme et la démocratie » *in L'illusion politique, op. cit.*
[45] D. Graeber, *La démocratie aux marges, op. cit*., p.17.
[46] J. Habermas, *Après l'État-Nation : une nouvelle constellation politique,* Fayard, Pluriel, 2013, p.48.

est « un idéal irréalisable »[47], certaines pratiques illustrent le contraire. La démocratie se réactualise dans des lieux où l'agora fait (la) loi. La pratique démocratique prend forme dans les mouvements autonomes et autogestionnaires de ces dernières années[48]. En effet, l'organisation interne de ces mouvements, caractérisée par l'expérimentation de nouvelles pratiques démocratiques, est l'exemple le plus probant de l'aspiration à une démocratie réelle. C'est notamment le cas du « mouvement des places »[49], se caractérisant par l'occupation de places publiques sous la forme de campements et d'assemblées, qui a notamment émergé, sous plusieurs formes, en Espagne, en Grèce, aux Etats-Unis, en Turquie, à Hong-Kong ou en France (« 15M », « Occupy », « Gezi », « révolution des parapluies », « Nuit debout »). Ces différentes mobilisations collectives nous amènent à constater une nouvelle forme de représentation, qui rompt avec un présupposé tacite qui identifie la représentation à l'élection.

La ZAD[50] (ou Zone à défendre) est un autre exemple typique d'une nouvelle expérimentation de la démocratie, comme un renouveau conceptuel démocratique dans son fonctionnement même. Ces « organisations sociales spontanées »[51], sont la cause et la conséquence d'une « indétermination radicale »[52] qui tendent vers son autonomie politique vis-à-vis de l'État. Tout en questionnant les principes fondateurs de la démocratie représentative, son organisation interne est tournée vers une pratique nouvelle, autogestionnaire – c'est-à-dire « tout espace social, de travail ou d'activité, qui est gouverné directement par ses acteurs ou ses producteurs, qui en établissent et en instituent collectivement et directement les règles, les normes et les institutions, refusant toute hiérarchie verticale, toute division entre gouvernants et gouvernés »[53].

Ces différentes expériences démocratiques, très hétéroclites par ailleurs, ont un point commun : c'est avant tout « contre l'État » - ou *a minima* en dehors de tout cadre institutionnel - qu'elles se sont formées. Tout en incarnant un idéal, ces organisations réactualisent la thèse clastrienne de la Société-contre-l'État. Selon Eduardo Viveiros de Castro les sociétés dites « primitives » étudiées par Pierre Clastres auraient un « mode d'être » caractérisé par une « auto-représentation collective »[54]. Selon l'auteur, le fondement de la politique indienne serait

[47] F. Facchini, « Les raisons de la crise de la démocratie représentative », *op. cit.*, p. 76 ; pour d'autres de « véritable démocratie, (…) il n'en existera jamais » (J-J, Rousseau, *Du Contrat social*, Union générale d'éditions, Paris collection 10/18, p.134-135).

[48] Plusieurs exemples sont données par Francis Dupuis-Déri : « les assemblées populaires des villages libérés par les zapatistes au Mexique, dans les assemblées délibératives du mouvement altermondialiste, les campements des militants autonomes No Border, les assemblées de quartier et les entreprises autogérées en Argentine au moment de la crise des années 2000, puis dans les occupations de places du Printemps Arabe, des Indignés espagnols et du mouvement Occupy en 2011, dans les assemblées générales du mouvement étudiant du Printemps érable en 2012 ou encore dans les rassemblements de Nuit debout en 2016 » (Francis Dupuis-Déri, *La peur du peuple op. cit.*, p.12). À ceci pourrait être ajouté des organisations sociales plus pérennes telles que des organisations de travailleurs, des écovillages, des squats ou des Zones à défendre.

[49] A. Guichoux, « Nuit debout et les « mouvements des places » désenchantement et ensauvagement de la démocratie », *Les Temps Modernes*, 2016/5, n° 691, p. 30-60.

[50] Les ZAD, ou zone à défendre, constituent un type d'occupation visant à protéger des espaces et territoires perçus comme menacés par une intervention publique ou privée, territoire qui pourraient être accaparés par une puissance extérieure qui tente d'y asseoir sa souveraineté et ses valeurs.

[51] D. Soldini, « Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste », Jus Politicum, n°14, p. 3.

[52] C. Lefort, « Préface », *Éléments d'une critique de la bureaucratie*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 1979, p.27.

[53] V. Schaepelynck, E. Sustam, « Autogestion » *in Le Télémaque*, 2018/2, n°54.

[54] E. Viveiros de Castro, *Politique des multiplicités. Pierre Clastres face à l'État*, Éditions Dehors, 2019, p.90.

susceptible d'être actualisé hors des institutions et donc réutilisé par plusieurs mouvements alternatifs. En se séparant « ici et maintenant, d'avec les institutions pour construire autre chose »[55], ces organisations renouent avec, d'une part, les valeurs égalitaristes de certaines de ces sociétés, et d'autre part, avec un processus qui apparaissait dans les sociétés dites primitives et apparaît aussi dans la nôtre : le rejet de la légitimité automatique, presque naturelle, des institutions étatiques. Ainsi, partant de la réinterprétation du concept développé ici, cette démocratie réactualisée existe bel et bien à travers ces alternatives aux marges de l'État, « qui débordent l'État »[56].

C'est ce qu'affirme David Graeber lorsqu'il écrit que de telles pratiques « tendent à apparaître dans des situations où des communautés règlent leurs propres affaires hors de la portée de l'État »[57], en dehors des cadres traditionnels, en somme dans les « interstices » du pouvoir. Comme une condition *sine qua non* de sa réalisation, c'est en dehors – si ce n'est contre - des institutions parlementaires, que s'incarnent les formes les plus « pures » de la démocratie. Si elle est introuvable dans nos perspectives, un décentrement de notre regard nous permet de voir à quoi ressemble la révolution démocratique qui se joue. En définitive, plus que de l'incarner, ces lieux permettent, *in fine*, d'élargir les horizons de la démocratie. Si historiquement les pratiques de la démocratie (directe) ont toujours trouvé leurs lieux de réalisation dans les marges et en dehors de l'Occident, elle semble alors « retourner aux lieux de sa naissance : les espaces interstitiels »[58].

Pour plusieurs auteurs comme Jacques Rancière, Cornelius Castoriadis ou Claude Lefort, la démocratie « ne tiendrait (…) pas tant à la forme de l'État ou du gouvernement qu'aux pratiques conflictuelles qui la débordent, prenant vie dans les tumultes qui traversent »[59] la société. Elle est « irréductible aux modèles qui se réclament de sa mise en œuvre »[60] et ne se conçoit plus comme un modèle institutionnel, mais bien comme une pratique, dont la spontanéité prend une place centrale ; spontanéité qui ne peut advenir qu'en marge des institutions. Ainsi, « loin d'être soluble dans un ensemble d'institutions ou de procédures »[61], la démocratie est ainsi faite d'incertitudes et de conflits, elle n'a pas de définition, elle n'est jamais achevée et doit, pour exister, toujours se réinventer. En définitive, ces expérimentations sont l'illustration d'une chose : la démocratie ne peut être qu'infra-étatique, et plus encore, elle ne peut exister que dans un rapport de conflictualité et de conjuration avec l'État ; elle ne peut exister que « contre l'État »[62].

[55] S. Hayat, *Démocratie*, *op. cit.*, p.80.
[56] L. Guillout, « L'actualité du défi lancé par Clastres aux théories de l'État. Démocratie sauvage et devenir indien du politique », *op. cit.*
[57] D. Graeber, *La démocratie aux marges*, *op. cit.*, p.87.
[58] *Ibid.*, p.116.
[59] A. Guichoux, « La démocratie ensauvagée », *Revue Esprit*, n°451, 2019, p. 76.
[60] M. Fœssel, « L'ordinaire de la démocratie », *Cahiers philosophiques*, 2009/3, n° 119, p.11-23.
[61] A. Guichoux, « La démocratie ensauvagée », *op. cit.*, p.76.
[62] M. Abensour, *La Démocratie contre l'État. Marx et le moment machiavélien*, Éditions du Félin, 2012.

LA DEMOCRATIE : DE LA PARTICIPATION A L'ELECTION, 2500 ANS D'HISTOIRE

Mario GUGLIELMETTI

À la sortie de la Seconde Guerre Mondiale, la démocratie revêtait un sens universellement élogieux[1]. En parallèle de son acceptation, le concept auquel elle renvoie est devenu vague. Il s'est élargi, au point d'en devenir un concept à la fois indéterminé et contradictoire, qui pouvait à la fois renvoyer à la démocratie libérale autant qu'aux « démocraties réelles » soviétiques. La chute de l'URSS, vue comme une « fin de l'histoire »[2], marqua la victoire de la démocratie libérale qui s'est imposée face à l'idéologie du marxisme-léninisme.

Cependant, la démocratie ne s'est pas imposée partout et de façon indiscutable. Au contraire, selon le rapport annuel de l'Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale : « 2022 est la sixième année consécutive au cours de laquelle plus de pays ont connu un recul net des processus démocratiques qu'une amélioration nette ». Plus encore, le mot démocratie a perdu de son sens par la popularisation de la démocratie illibérale, par le chef du gouvernement hongrois. Le mot démocratie semble devenir un mot fourre-tout, galvaudé[3]. En rhétorique, il pourrait être assimilé à un concept mobilisateur[4], c'est-à-dire un terme flou, qui évoque des représentations positives à tous, tout en ayant une signification différente pour chacun ; un mot vide de sens. Or, ce système de gouvernement repose sur l'adhésion populaire et donc sur l'opinion que les gens ordinaires se font de lui. Il sera alors opportun de revenir sur le sens du mot démocratie et d'étudier, aussi modestement qu'un article permette de le faire, la distinction entre la démocratie observée lors de l'expérience athénienne[5] et les régimes actuels.

Le mot démocratie *demos*, *kratos*, renvoie au pouvoir du peuple. Aujourd'hui, sa matérialisation passe avant tout par l'élection, qui était perçue dans l'Antiquité comme un outil aristocratique plutôt que démocratique. Or, comme le relève Jacques Rancières : « La démocratie représentative peut sembler aujourd'hui un pléonasme. Mais cela a d'abord été un oxymore »[6]. La démocratie renvoie à l'idée d'autogouvernement populaire. Or, aucun système

[1] En 1949, l'UNESCO constate que : « pour la première fois dans l'histoire du monde, aucune doctrine n'est présentée comme antidémocratique ».
[2] F. Fukuyama, *La Fin de l'histoire et le Dernier Homme*, Flammarion, 1992.
[3] F. Debras, « Un mot galvaudé mais pas vide de sens », *Espace de liberté*, n°503, novembre 2023.
[4] C. Viktorovitch, *Le pouvoir rhétorique*, Seuil, 2021, p.461.
[5] Il serait aussi possible de faire remonter la démocratie à d'autres origines que seulement grecques, voir D. Graeber, « La démocratie des interstices », *Revue Du MAUSS*, vol. 26, 2005, p.76.
[6] J. Rancières, *La haine de la démocratie*, Paris, La Fabrique, 2005, p.60.

politique à grande échelle qui n'existe aujourd'hui ne met en œuvre cet idéal. Certains, partant de ce constat, ont choisi de renoncer à utiliser ce terme pour décrire les systèmes existant afin de le réserver à l'idéal, à l'instar du politiste Robert Dahl, qui qualifiait les démocraties de polyarchies[7]. Il peut au contraire être considéré que le sens du mot est flottant et a évolué[8] et que les épithètes qui le suivent (réelle, libérale, illibérale, directe, représentative…) permettent de marquer ces évolutions conceptuelles. Alors que les théories de la démocratie contemporaines se développent, il semble primordial de revenir sur ces évolutions afin de pouvoir comprendre comment, en 2500 ans, la démocratie a pu être caractérisée par la participation directe (I) ainsi que par l'élection (II).

I - La démocratie athénienne : une participation politique directe d'un citoyen dépourvu de libertés individuelles

La démocratie athénienne était caractérisée par un pouvoir direct du citoyen dans les affaires de la cité (A) mais une absence de libertés individuelles correspondant à une société totalitaire (B).

A - L'exercice direct du pouvoir politique par le peuple

Revenir sur l'évolution de la démocratie revient à s'interroger sur le sens du mot. Si la démocratie signifie le pouvoir du peuple, cette définition n'est pas suffisamment précise, voire tautologique[9]. Elle ne renseigne que sur le titulaire du pouvoir. Or, le sens du terme « demos » est ambigu. Dans l'Antiquité, en grec, le terme était déjà polysémique. Le *demos* pouvait désigner la communauté athénienne, réunie dans *l'ekklesia*, l'assemblée populaire, mais également la totalité, le corps tout entier (*plethos*), la multitude ou pluralité du grand nombre (*hoi polloi*), la majorité (*hoi pleiones*) et la foule (*ochlos*). La complexité du concept s'est accrue avec la traduction latine *populus*, notamment à travers l'élaboration médiévale du concept fondé sur le droit public romain, qui en a fait à la fois une notion juridique et un terme désignant une entité organique[10]. Cette polysémie du peuple se retrouve également dans nos sociétés contemporaines. La définition du peuple permet de situer la source du pouvoir mais doit être mise en lien avec l'exercice du pouvoir.

La démocratie athénienne était une démocratie directe, c'est-à-dire, qu'elle était caractérisée par le fait que les citoyens exercent eux-mêmes le pouvoir politique, de façon continue, personnelle et réelle, au contraire de la démocratie indirecte, caractérisée par la délégation du pouvoir et la représentation. Néanmoins, si le pouvoir était exercé directement par peuple, réparti par le tirage au sort, une grande partie de la population ne faisait pas partie du peuple. Seuls 10 % des individus étaient considérés comme des citoyens qui pouvaient participer aux affaires de la cité. Environ 20 000 personnes au IVe siècle[11]. Le demos excluait

[7] R. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago Press, 1956, p.87.
[8] P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, Gallimard, p.12-13.
[9] G. Sartori, *Théorie de la démocratie*, trad. Christiane Hurtig, Paris, Armand Colin, 1973, p.15.
[10] *Ibid.*
[11] B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, 3e ed., Champs Essais, 2019, p.24.

les femmes et les esclaves et l'élection existait concernant certaines responsabilités importantes. Les charges dirigeantes étaient alors largement occupées par des citoyens aisés, qui disposaient du temps pour se consacrer à la politique mais aussi pour s'exercer à l'art oratoire qui jouait un rôle crucial[12]. Les élites exerçaient donc un rôle important mais devaient négocier avec le peuple à travers des institutions complexes.

La démocratie athénienne était une démocratie autogouvernante, dans laquelle le pouvoir était exercé directement par les citoyens. Son référentiel était la *polis*, qui ne disposait pas des mêmes caractéristiques que les États modernes. Il ne s'agissait pas d'une cité-État, car elle en était dépourvue. Elle reste cependant une forme de gouvernement[13], et n'est pas « identité des gouvernants et des gouvernés »[14], car la démocratie athénienne n'était pas caractérisée par une dimension totalement horizontale mais elle se caractérisait par une conception planimétrique du pouvoir, fortement diluée dans une dimension horizontale[15].

Si l'autogouvernement était possible dans la *polis*, c'est notamment en raison de sa taille et de la concentration du demos, permettant aux citoyens de se gouverner par rotation, ce qui serait inapplicable les démocraties modernes. La notion d'autogouvernement nécessite la participation effective des concernés, or, plus nombreux sont les participants, moins leur contribution est efficace.

B - Une démocratie totalitaire sans État

La démocratie athénienne était caractérisée par la liberté des Anciens, c'est-à-dire par des droits politiques, tandis que la liberté des modernes, est caractérisée par les libertés individuelles[16]. Il s'agissait d'une démocratie sans libéralisme, marquée par la prééminence de la cité sur l'Homme. Dans la démocratie des Anciens, le peuple était conçu comme une totalité organique et holistique. Cette conception permet de justifier un gouvernement tyrannique, car au nom de la totalité, l'individu disparaît. Ainsi, la démocratie était un système de gouvernement, dans laquelle les décisions étaient prises de façon collective mais sans limitation du pouvoir au nom des libertés individuelles. Si la liberté des Anciens était une liberté qui leur permettait de se consacrer à la politique, pour les Modernes, la liberté doit permettre à l'individu de se replier dans la sphère privée : « De là vient [...] la nécessité du système représentatif »[17].

Appliquer aux sociétés modernes le principe de la démocratie grecque, conduirait à un régime totalitaire. Comme le relève Carine Doganis, la démocratie athénienne pouvait également être considérée comme totalitaire, sur le plan des représentations, au sens de Claude

[12] Y. Papadopoulos, *Démocratie directe*, Economica, 1998, p.18.
[13] O. Jouanjan, « Échapper au concept Hobbesien de "représentation" en démocratie ? », *Jus Politicum*, n°29,2023, p.65-76.
[14] C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p.361.
[15] M. Tarchi, « Il Popolo Nella Teoria Democratica Di Giovanni Sartori », *Rivista di Politica*, vol.3, 2017, p.43-54.
[16] B. Constant, Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris, 1819.
[17] B. Constant, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, Paris, 1986, p. 288-289, cité in F. Dupuis-Déri, « Qu'est-ce que la démocratie », *Horizons Philosophiques*, vol. 5 n°1, 1994, p.84-95.

Lefort[18]. La « logique totalitaire » est définie par Claude Lefort selon deux aspects qui se retrouvent dans la démocratie grecque : d'une part, l'absence de séparation entre l'État et la société civile ; d'autre part, l'absence de division interne à la société. Ces deux moments de l'entreprise totalitaire sont considérés par Claude Lefort comme indissociables. Le totalitarisme suppose une assimilation totale entre le pouvoir et la société, « une société qui se suffit à elle-même » et « un pouvoir qui se suffit à lui-même ». Le totalitarisme établit une cohésion dans « la représentation d'un ordre "naturel" mais cet ordre est supposé social-rationnel et ne tolère nidivisions, ni hiérarchies apparentes »[19].

La démocratie directe telle qu'elle existait dans l'Antiquité a disparu dans nos sociétés modernes. Si le mot démocratie est toujours utilisé, il a pris un tout autre sens. Désormais, il est suivi, le plus souvent, de l'épithète libérale, quand celui-ci n'est pas insinué.

II - L'avènement de la démocratie libérale par la transformation de la démocratie

La démocratie contemporaine, telle qu'elle est perçue aujourd'hui, est le résultat d'un mélange entre le régime représentatif et la démocratie (A) et entre la démocratie et le libéralisme politique, pour en faire un régime à la jonction entre le principe d'égalité et de liberté politique (B).

A- La représentation incorporée dans la démocratie

Pendant longtemps la démocratie était répudiée ; le mot était empreint d'un sens péjoratif. Aristote, déjà, considérait qu'il s'agissait d'une forme de régime corrompue, tandis que Platon critiquait la versatilité d'un *démos* en proie aux passions. Jusqu'à la fin du XVIIIe siècle, il était même possible de disqualifier ses adversaires en les traitant de démocrates[20]. Les Pères Fondateurs Américains[21] en 1787, tout comme, les révolutionnaires français en 1789, étaient marqués par un rejet de la démocratie[22]. La notion de gouvernement représentatif oscillait entre la perspective d'un accomplissement de l'idéal démocratique et sa négation[23]. L'abbé Sieyès marquait une distinction claire entre le gouvernement représentatif et la démocratie telle qu'elle était conçue dans la tradition classique[24]. Dans les deux cas, à la démocratie était préféré le terme république, désignant la représentation. Les deux termes renvoyaient alors à des idéaux différents. Cette distinction sémantique est importante car la

[18] « *Au fondement d'un tel système, nous devons repérer certaines représentations clés qui composent sa matrice idéologique* [...] », C. Lefort, *L'invention démocratique : les limites de la domination totalitaire*, Paris, Fayard, 1981, p. 101-102, cité in Carine Doganis, *Aux origines de la corruption. Démocratie et délation en Grèce ancienne*, Presses Universitaires de France, 2007, p. 125-198.
[19] *Ibid*.
[20] Y. Papadopoulos, *Démocratie directe*, Economica, 1998, p.11.
[21] T. Madison, Federalist Papers n°10.
[22] B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, 3e ed., Champs Essais, 2019, p.12.
[23] P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, Gallimard p.19.
[24] « Le peuple, je le répète, dans un pays qui n'est pas une démocratie (et la France ne saurait l'être), le peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants. », L'abbé Sieyès, sur la question du veto royal, à la séance du 7 septembre 1789.

terminologie uniforme cache « la rupture entre l'expérience démocratique antique et sa réincarnation moderne »[25]. Un gouvernement organisé selon les principes représentatifs était considéré comme radicalement différent à la démocratie aux XVIIIe siècle, tandis qu'aujourd'hui, il passe pour une de ses formes[26].

Le gouvernement représentatif a été conçu afin de permettre une aristocratie élective[27], c'est-à-dire de choisir les meilleurs, l'élite, par rapport au reste des citoyens. Si l'utilité de la représentation peut être justifiée pour des raisons territoriales et démographiques, qui sont des critiques récurrentes envers le souhait d'une démocratie directe dans une société moderne, ce n'était pas la raison du choix d'un gouvernement représentatif, notamment aux États-Unis. Le choix d'un régime représentatif était motivé par la nécessité de laisser les meilleurs décider, la foule étant trop ignorante et sujette aux émotions. Ainsi, lors de sa mise en place, le gouvernement représentatif n'était pas lié à la mise en œuvre de la volonté populaire.

La démocratie a incorporé le régime représentatif par une ouverture du droit de vote aux classes populaires et en le faisant reposer sur le suffrage universel. Mais ce n'est pas sa seule évolution marquante.

B - La démocratie libérale, jonction entre liberté et égalité

Au XXIe siècle, nos démocraties sont - à certaines exceptions près - des démocraties libérales. Elles sont représentatives et distinguent donc l'exercice du pouvoir de son détenteur nominal. Tandis que le pouvoir appartient au peuple, il ne l'exerce qu'au moment du vote et le délègue périodiquement à ses représentants à travers une compétition ouverte. Elles sont libérales, c'est-à-dire qu'elles garantissent des droits fondamentaux nécessaires à la démocratie. Si elles appliquent le principe de la règle de la majorité, néanmoins, cette majorité est limitée par les droits fondamentaux, notamment de ceux qui ne gouvernent pas. Elles sont caractérisées tant par le principe d'égalité politique que par le principe de liberté. C'est la synthèse de ces deux principes qui est la caractéristique de la démocratie[28]. Les démocraties libérales sont le fruit d'une histoire philosophique, politique et morale qui a conduit à une limitation de l'État et à la reconnaissance de droits aux individus. Tocqueville, déjà, associait la démocratie au libéralisme[29]. La démocratie s'est enrichie par le libéralisme, le constitutionnalisme et l'État de droit. Elle présuppose un État libéral-constitutionnel dans lequel le pouvoir est contrôlé et nécessite donc des mécanismes procéduraux et juridiques qui permettent la démocratie, à commencer par la Constitution.

Le constitutionnalisme est une doctrine de la démocratie, qui fait de la Constitution un moyen de la démocratie[30], la démocratie par le droit. Il repose sur l'idée que la Constitution est un acte écrit, qui organise une séparation des pouvoirs, et énonce les droits fondamentaux des citoyens dont ils pourront se prévaloir, permettant de faire de la Constitution, selon la formule

[25] G. Sartori, *Théorie de la démocratie*, *op.cit*., p.212.
[26] B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, 3e ed., Champs Essais, 2019, p.15.
[27] F. Dupuis-Déri, *Démocratie. Histoire politique d'un mot aux États-Unis et en France*, Montréal, Lux, 2013.
[28] H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Dalloz, 2024, p.2.
[29] « La démocratie veut l'égalité dans la liberté et le socialisme veut l'égalité dans la gêne et dans la servitude », A. de Tocqueville, Discours prononcé à la Chambre des députés, le 27 janvier 1848.
[30] D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 20008, p.5.

de Benjamin Constant « la garantie d'un peuple ». Pour garantir cet acte, il est nécessaire de mettre en place un contrôle de constitutionnalité qui opère une rupture de la représentation des relations gouvernants/gouvernés, casse la fusion entre ses deux acteurs pour établir un écart et évite une fusion des volontés qui conduit à l'accaparement de la volonté par les représentants[31]. Selon la pensée de Dominique Rousseau, le juge constitutionnel permet un régime d'énonciation concurrentiel de la volonté générale, qui devient le garant d'une souveraineté populaire dévoyée par la trahison originelle du système représentatif[32]. L'avènement de la justice constitutionnelle conduit à cette manifestation entre, d'une part, l'aspect démocratique, la volonté du peuple, exprimée par ses représentants, et d'autre part, l'aspect libéral, lié au respect des droits.

Il est possible de constater que la démocratie, telle qu'elle s'observe dans le monde réel est loin des principes qui la caractérisait jadis. Si la démocratie peut sembler introuvable[33], il faut distinguer l'idéal, qui doit guider le réel, de celui-ci. Il peut être considéré qu'une théorie de la démocratie doit incorporer ces deux définitions[34], descriptive et normative, et que l'idéal, pour être transposé dans la réalité doit être réinterprété[35], notamment au regard des contraintes des sociétés modernes, et ne peut donc être reproduit à l'identique. Au sein des théories de la démocratie libérale de nombreuses branches existent afin de penser la démocratie et de l'améliorer. Si certains se méfient du peuple[36], d'autres encouragent sa participation[37], tandis que les théories délibératives cherchent à réinterpréter l'idéal de la démocratie en renouant avec la délibération publique entre égaux[38]. Ces dernières accordent une place centrale à la formation des volontés politiques et préconisent qu'elle soit organisée par la délibération publique. Elles ont exercé une telle influence sur la théorie de la démocratie, qu'elle a opéré un « tournant délibératif »[39].

La démocratie a évolué durant 2500 ans, elle continuera de se perfectionner en confrontant l'idéal à ses contraintes empiriques, faisant de l'histoire une ressource méthodologique fondamentale dans la construction de la théorie de la démocratie. La démocratie reste donc inachevée et continuera de changer.

[31] *Ibid.*
[32] B. François, « Justice constitutionnelle et "démocratie constitutionnelle". Critique du discours constitutionnaliste contemporain », *in Droit et politique*, PUF, 1993.
[33] T. Vidal, « la démocratie introuvable », *Revue de droit constitutionnel du Master 2 Droit constitutionnel et droits fondamentaux*, n°1, 2024.
[34] G. Sartori, *op. cit.*, p.4.
[35] B. Constant, *Des réactions politiques*, Hachette Livre BNF, 1796, p. 64-79.
[36] J. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot, Paris, 1994.
[37] C. Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge University Press, 1970 ; Jane Mansbridge, *Beyond Adversary Democracy*, University of Chicago Press, 1983.
[38] C. Girard, *délibérer entre égaux*, Vrin, 2021.
[39] L. Blondiaux, B. Manin (dir.), *Le tournant délibératif de la démocratie*, Presses de Sciences Po, 2021.

Chapitre 2

Droit comparé

Le mirage démocratique dans la cité-état de Singapour

Un consociationalisme libanais antiparlementaire ?

LE MIRAGE DÉMOCRATIQUE DANS LA CITÉ-ÉTAT DE SINGAPOUR

Anissa MOKDAD

Depuis sa pleine indépendance en 1965, la cité-État de Singapour, membre des quatre dragons asiatiques, est devenue le symbole d'une version autoritaire de la social-démocratie. De pays misérable à référence mondiale, Singapour est devenu en deux siècles, l'un des États les plus riches et développés au monde. Comparée à sa grande rivale Hongkong, la cité-État singapourienne a su prospérer grâce à une étonnante association entre capitalisme et démocratie autoritaire, deux termes qui déterminent la politique singapourienne.

Avec la fin de la guerre froide et la montée de la mondialisation, la progression du modèle « démocratique » se développe dans le monde entier, se dirigeant notamment vers l'Asie du Sud-Est. Toutefois, Singapour s'est peu à peu prémunie contre cette évolution démocratique. En effet, la cité-État décide d'adopter une forme de démocratie « relativement graduelle », voirelimitée. En 2010, le Wall Street Journal souligne que « Singapour peut être légitimement fière des nombreux progrès qu'elle a accomplis, mais la pleine démocratie n'en fait pas partie » [1]. Selon Thierry Kellner, spécialiste de relations internationales à l'ULB, le régime politique singapourien constitue « une démocratie de surface ou de façade »[2]. Au regard de son systèmepolitique, la cité-État singapourienne a pour objectif de maintenir l'équilibre entre prospérité, croissance sociale et démocratisation graduelle.

Le modèle singapourien repose sur trois piliers : le pragmatisme, l'expertise l'emportant sur l'idéologie et la méritocratie jugée indispensable à la cohésion de cette société multiculturelle. Société extrêmement moderne, Singapour est une cité-État difficile à cerner en raison de son absence de médiatisation. Toutefois, entre ultra-modernité technologique et régime autoritaire marqué par une démocratie de surface, la cité-État singapourienne reste un mystère entre démocratie et autoritarisme.

[1] The Wall Street Journal, « Democracy in Singapore », 26 juin 2008.
[2] T. Kellner, *Géopolitique de la nouvelle Asie centrale*, PUF, 2003.

I - Singapour ou l'équilibre entre dictature et démocratie

A - L'ultra dominance du parti d'action populaire (PAP)

Depuis son accession à l'indépendance en 1965, Singapour a connu une grande stabilité politique, et pour cause, un seul parti a exercé une domination incontestée sur la scène politique singapourienne, celui du Parti d'Action populaire (PAP). Père de la « Singapour moderne » et Premier Ministre élu en 1959, Lee Kuan Yew fonde dans les années 1950, le parti d'action populaire (PAP). À l'origine, l'objectif était d'engager les classes populaires dans un vaste projet multiracial visant à forger « un État-nation ». Ce concept paradoxal visait à garantir la participation de tous, tout en limitant l'expression de la diversité des opinions. Le parti conservateur a remporté de manière écrasante toutes les élections législatives, bien que sa dernière victoire en 2020 ait été légèrement moins éclatante (obtenant 61,1% des voix). Ainsi, la population singapourienne semble approuver cette dictature apparente de parti, ce qui confère au PAP une légitimité électorale n'ayant d'égale en Occident. Au cours des 67 dernières années, seuls trois hommes ont occupé la fonction de Premier ministre, tous membre du PAP. Le dirigeant actuel, fils de l'ancien Premier ministre Lee Kuan Yew et membre du PAP, Lee Hsien Loong, est à la tête du pays depuis 2004.

La prédominance du PAP s'explique par « un contrôle rigoureux de l'opposition ». Sophie Boisseau du Rocher, chercheuse au centre Asie de l'IFRI (Institut français des relations internationales) précise que « Singapour ne peut être qualifié de démocratie, car l'opposition ne dispose concrètement pas d'un accès équitable à l'espace public par rapport au PAP »[3]. En effet, les multiples procès intentés par le PAP à l'encontre des partis d'opposition, notamment le parti des Travailleurs, les ont épuisés financièrement et logistiquement. De plus, le parti-ultra dominant n'aurait pas son succès électoral sans l'intégrité et l'exemplarité des gouvernants. Les membres du PAP précisent à plusieurs reprises dans leurs discours politiques qu' « un ministre dont le comportement est discutable ne peut pas montrer l'exemple au peuple. Les gens ne lui obéiront pas » [4]. Ainsi, la légitimité du gouvernement de Singapour repose sur un « contrat social non-écrit » : une démocratie autoritaire prônée par les dirigeants, en échange d'une prospérité de la cité-État.

Toutefois, les termes de système démocratique restent à revoir, au regard du système constitutionnel singapourien.

B - Un système constitutionnel en apparence démocratique

Adoptée en 1965 et toujours en vigueur, la Constitution de Singapour se veut démocratique. Elle régit le fonctionnement des institutions et de la cité-État, à travers le principe de séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Pour toutes les questions de constitutionnalité des lois, le Président singapourien peut chercher l'avis d'un tribunal

[3] S. Boisseau du Rocher, « Lee Kuan Yew, le visionnaire », *Le Figaro*, 2015.
[4] Lee Kuan Yew, Discours de 1994.

composé d'au moins trois juges de la Cour suprême singapourienne. La Constitution singapourienne est composée de 14 articles principaux ainsi qu'un Préambule et celle-ci garantit des droits et libertés fondamentales dans son titre IV tels que l'interdiction de l'esclavage, la liberté d'expression et la liberté de croyance.

Ce mode de fonctionnement de la Constitution démontre la forme démocratique axée sur les droits fondamentaux à Singapour. De plus, à la fois profondément religieux et doté d'institutions laïques, la République singapourienne promeut le principe de laïcité : un modèle de séparation de la religion et de l'État. Dans une société où plus de 80 % des citoyens sont affiliés à une religion, la société civile et le gouvernement doivent tenir compte de la dimension d'identité nationale. Comme le rappelait Eugénie Mérieau, le système constitutionnel de Singapour est celui d'un « régime parlementaire de Westminster »[5]. Singapour est une république inspirée du modèle britannique avec un régime parlementaire monocaméral.

Dans ce cas de figure, le président de la République est élu au scrutin uninominal majoritaire à un tour pour un mandat de six ans, sans limitations du nombre de mandats. Concernant le pouvoir législatif, le Parlement monocaméral comprend 84 membres élus pour un mandat de 5 ans, au scrutin majoritaire uninominal à un tour. Quant au pouvoir judiciaire, il est exercé par la Cour Suprême constituée d'une chambre haute (la Cour d'appel) et une chambre basse (la Haute Cour). Concernant le système électoral singapourien, Larry Diamond a décrit Singapour comme une autocratie élue organisant des « élections sans démocratie »[6].

La cité-État singapourienne utilise un système électoral comprenant des élections législatives tous les cinq ans, mais le Parti d'action populaire (PAP) maintient une domination politique presque ininterrompue depuis l'indépendance en 1965. Les élections se déroulent selon un système de scrutin majoritaire à un tour, favorisant les partis dominants, puisqu'ils peuvent remporter une proportion disproportionnée de sièges avec une majorité relative des votes.

Le Parti d'Action Populaire (PAP) bénéficie également de contrôles stricts sur les médias et les discours politiques, suscitant des critiques selon lesquelles, la cité-État ne serait « pas pleinement démocratique ». Ainsi, à défaut des institutions supposées démocratiques, Singapour est un régime hybride pouvant être qualifié de « dictature bienveillante » (système dans lequel le dirigeant autoritaire utilise ses pouvoirs pour améliorer le sort des gouvernés) avec un système électoral critiquable et un contrôle politique important.

II - Singapour comme emblème d'une démocratie illibérale

A - La primauté de l'intérêt collectif sur les intérêts individuels

Les facteurs ayant conduit Singapour à constituer l'emblème d'une démocratie illibérale, sont cruciaux pour expliquer la singularité et la pérennité du système singapourien. Lors de la fondation de la Singapour moderne, l'objectif consistait à faire primer l'intérêt collectif à long

[5] E. Mérieau, « Les élections de 2020 à Singapour : vers la fin du modèle singapourien de démocratie illibérale », 24 septembre 2020.
[6] L. Diamond, « Thinking About Hybrid Regimes », *Journal of Democracy*, Vol. 13, n°2, 2002.

terme sur la satisfaction de l'opinion publique à court terme. Ainsi, la situation d'autoritarisme modéré s'explique par ce que Chua Beng Huat a identifié comme « la base d'une démocratie communautaire »[7], largement influencée par les valeurs du confucianisme, puisque le Parti d'Action populaire (PAP) a mis l'accent sur l'intérêt collectif et l'harmonie, guidé par la conviction que l'intérêt communautaire universel doit primer sur les intérêts individuels.

Ainsi, le système politique singapourien ne peut se traduire comme une démocratie libérale, puisque malgré un élan démocratique au niveau structurel de la cité-État, certaines libertés typiques de la démocratie libérale ont été sacrifiées au profit des objectifs de croissance économique, de stabilité sociale et d'ordre politique.

En effet, après l'accession à son indépendance, l'objectif concret de la cité-État vise à devenir prospère et à s'inscrire dans le classement des états les plus riches et sécuritaires du monde.

L'une des grandes priorités de la cité-État repose sur la lutte contre le trafic de drogue et la corruption : les législations sur les drogues ou la corruption sont parmi les plus strictes du monde. Ainsi, le gouvernement est disposé à prendre des mesures drastiques pour contenir ce problème, allant jusqu'à prononcer la peine de mort de manière presque systématique pour toute personne trouvée en possession de drogue, même en petite quantité. S'attaquer aux problématiques de drogue est présenté comme un moyen de lutter contre la corruption.

Eugénie Mérieau précise d'ailleurs que « la corruption a été un véritable défi depuis l'indépendance, et que sur ce front, Singapour se place parmi les meilleurs au niveau mondial »[8]. De plus, l'exécution récente d'un malaisien handicapé mental sert d'exemple, envoyant un message direct à la population pour qu'elle respecte impérativement les lois singapouriennes. Néanmoins, la politique singapourienne sur la peine de mort est vivement critiquée par la plupart des organisations internationales, en ce que la cité-État commet une violation des traités internationaux en exécutant des personnes handicapées mentales. Par conséquent, la primauté d'une nation prospère et sécuritaire prévaut sur les droits et les libertés fondamentales, montrant la dérive de Singapour à concilier l'aspect démocratique et l'autoritarisme.

B - L'hégémonie de la prospérité au détriment des droits de l'homme

Sophie Boisseau du Rocher précise que « Singapour possède les mécanismes de la démocratie, les procédures démocraties, mais certainement pas d'esprit démocratique »[9]. Les valeurs asiatiques constituent la caractéristique de la politique singapourienne : l'harmonie, l'ordre, le respect et le bien-être, prenant le pas sur le droit à la contestation et le débat politique. Cette démarche permet de percevoir Singapour comme une profonde démocratie illibérale où les droits et libertés fondamentales sont remis en cause.

[7] Chua Beng Huat, *Communitarian Ideology and Democracy in Singapore*, Londres, Routledge, 1995.
[8] E. Mérieau « Singapour, modèle global de démocratie illibérale. Constitutionnalisme et État de droit au prisme des valeurs asiatiques », *Revue française de droit constitutionnel*, n°133, 2023, p. 227-243.
[9] P. Hérard, « Élection du Parlement à Singapour : quels enjeux politiques pour la république autoritaire la plus riche du monde ? », *TV5 Monde*, 2020.

Singapour, outre son système politique hybride, est renommé pour son système policier et judiciaire répressif, vantant l'un des taux de criminalité le plus bas et considéré comme l'état étant le plus sûr au monde.

Le gouvernement singapourien détient donc un pouvoir considérable, lui permettant de restreindre à la fois les droits des citoyens et de freiner l'opposition politique à travers le contrôle des médias, la législation sur la diffamation et la restriction de la liberté d'expression.

Phil Robertson, adjoint de la division Asie à Human Rights Watch, évoquait la restriction de liberté d'expression à Singapour en expliquant que « les habitants d'un pays qui revendiquent être une démocratie, ne devraient pas craindre de critiquer leur propre gouvernement ou de parler ouvertement de questions politiques »[10]. À ce titre, le gouvernement a restreint la liberté d'expression et de la presse, en censurant les contenus à caractère sexuel, politique ou sensible d'un point de vue racial ou religieux. Par ailleurs, la loi Public Order Act adoptée en 2009 permet au gouvernement de réguler strictement les rassemblements publics, limitant ainsi la liberté d'expression notamment sur la politique singapourienne, en imposant des autorisations préalables, des conditions restrictives et des sanctions pénales. Singapour a également développé une politique bafouant les droits des travailleurs migrants. En effet, la loi Employment of Foreign Workers Act de 2009 prévoit l'absence de protection pour les travailleurs domestiques étrangers en ce qui concerne la durée légale du travail, les salaires minimums et l'accès aux prestations de chômage.

En 2022, dans le registre des droits LGBTQ+, une décision parlementaire a abrogé l'article 377A du Code pénal, qui criminalisait les relations sexuelles entre hommes consentants depuis 1938. Concernant les droits des femmes à Singapour, l'IVG est légalisée depuis 1974 et la période de gestation limite est montée à 24 semaines. De plus, la cité-État fait partie des états ayant ratifié la Convention de l'Organisation internationale du travail pour l'égalité salariale en 2002 et possède une politique importante en matière d'harcèlement sexuel, en le reconnaissant comme « une violation des droits de l'homme » aux termes de la loi sur l'égalité de traitement de 1968.

Toutefois, malgré ces avancées, Singapour demeure une société où les libertés fondamentales peuvent parfois être restreintes par un système politique souvent critiqué pour son autoritarisme et sa tolérance limitée envers la dissidence politique.

En conclusion, Singapour se profile comme une démocratie autoritaire, caractérisée par une combinaison de mécanismes démocratiques mais également de restrictions sur les droits et libertés civiques. Cette dynamique particulière permet de maintenir une image prospère et sécuritaire, tout en limitant la pleine expression des droits démocratiques et la participation citoyenne.

[10] Human Rights Watch, « Singapour : Les lois entravent la liberté d'expression et de réunion. Il faut mettre un terme aux procédures, aux réglementations et aux poursuites civiles répressives », 2017.

UN CONSOCIATIONALISME LIBANAIS ANTIPARLEMENTAIRE ?

Charbel CHAAYA*

« Le peuple veut la chute du régime », « tous sont responsables, toute la classe politique est responsable » scandaient les manifestants libanais le 17 octobre 2019[1]. À la suite d'une série de chocs économiques désastreux, des dizaines de milliers de libanais descendent dans la rue dans tout le pays pour réclamer un changement « structurel » du régime politique. Paradoxalement, ces mêmes manifestants exprimaient des revendications réformistes : démission du gouvernement, tenue d'élection législative anticipée ou encore formation d'un nouveau gouvernement technocrate[2]. Le mouvement contestataire a grossi jusqu'à atteindre plus d'un million de personnes. Les routes sont alors bloquées, des *sit-in* organisés devant différents ministères et la diaspora libanaise à l'étranger se mobilise en organisant des manifestations de soutien au peuple révolté, notamment à Paris, Londres ou Washington[3].

En 2019, la majeure partie de l'opinion privilégiait encore les urnes pour renverser ou faire « chuter » le régime. Hassan Diab, Premier ministre à l'époque, décrit lui aussi les élections comme le « seul moyen de sortir de la crise structurelle »[4]. L'enjeu est en effet de faire élire de nouveaux députés à la Chambre, qui serait au cœur du régime politique libanais.

Malgré l'appel à des élections anticipées dès le 17 octobre 2019, celles-ci n'ont eu lieu que près de trois ans plus tard. Le taux de participation était de 41%[5]. À l'issue de ces élections, seuls treize députés perçus comme étant issus de la « révolution » ou du « changement » intègrent la Chambre composée de cent-vingt-huit députés[6]. Les élections législatives ne mettent pourtant pas fin à la crise politique : depuis le 31 octobre 2022, le poste de Président de la République est une nouvelle fois vacant. Cette vacance présidentielle conduit à une absence de gouvernement. L'alternance politique classiquement organisée dans le cadre d'un régime parlementaire, ne peut résoudre ici les difficultés car il s'inscrit dans le cadre d'un système

* Je tiens à remercier la Professeure Marie Gren pour sa relecture et ses précieux conseils.

[1] J. Mouawad, « A l'heure du soulèvement libanais, retour sur les législatives libanaises de 2018 », *Confluences méditerranée*, n°111, 2019, p.178.

[2] J. Jalkh, « Démission du gouvernement, élections anticipées : que dit la Constitution ? », *L'Orient-Le Jour*, 2019.

[3] J. Jalkh « De Paris à Washington, la diaspora libanaise mobilisée », *L'Orient-le Jour*, 2019.

[4] J. Jalkh « Des milliers de Libanais manifestent leur colère, le premier ministre va proposer des élections anticipées », *Le Monde*, 2020.

[5] H. Sallon, « Au Liban, les élections législatives dominées par l'abstention », *Le Monde*, 2022.

[6] H. Sallon, « Au Liban, percée significative de l'opposition aux élections législatives », *Le Monde*, 2022.

consociatif confessionnel[7]. Ce dernier organise une forme de gouvernement des sociétés dont « les relations entre les acteurs politiques institutionnels obéissent à un principe de consensualité et où l'allocation des fonctions étatiques s'opère selon des lignes communautaires, confessionnelles »[8]. Cette répartition particulière des pouvoirs tient compte des tensions religieuses ou ethniques d'un pays et tend à cristalliser les groupes électoraux, déjouant parfois les mécanismes habituels du régime représentatif[9]. Elle repose essentiellement sur quatre principes : l'institutionnalisation des clivages, l'autonomie segmentaire, l'existence d'un processus décisionnel basé sur le consensus et le veto mutuel mais surtout le rôle prépondérant des élites politiques[10]. La crise de 2019 révèle les failles de ce système.

Afin de comprendre l'incapacité des élections législatives à résoudre la crise politique actuelle, il peut être utile de s'interroger sur les véritables lieux du pouvoir au Liban. Cet article présente le mode de fonctionnement du régime libanais que la doctrine majoritaire libanaise qualifie de « parlementaire déséquilibré » au regard des textes (I). Cependant, il s'inscrit dans le cadre d'un consociationalisme particulier qui altère son fonctionnement habituel (II) et donne *de facto* un fort pouvoir de contrôle aux chefs communautaires en dehors des institutions constitutionnelles (III).

I – Un régime parlementaire déséquilibré dans les textes

La première Constitution libanaise voit le jour en 1926, sous l'influence de la puissance mandataire française. Inspirée par les lois constitutionnelles de 1875 (Constitution de la IIIème République française)[11], elle met en place un régime parlementaire. Son article 16 est

[7] Au Liban, le pouvoir est reparti entre ses principales communautés religieuses, chrétiennes et musulmanes.

[8] A. Blouet, « Le Conseil constitutionnel dans le système politique libanais : éclairage sur une institution discrète », *RFDC*, n°127, 2021, p.4.

[9] Le régime représentatif désigne un régime initialement anti-démocratique voir aristocratique, dans lequel le pouvoir politique est délégué par le peuple à des représentants élus qui l'exercent en son nom. L'idée repose sur 1) la nécessité d'élire des gouvernants pour diriger les affaires de la société, 2) l'impossibilité de réunir tous les citoyens en une seule assemblée pour les amener à statuer eux-mêmes. Même si la source du pouvoir est réputée se trouver dans le peuple, il charge des représentants élus de participer à sa place. Le peuple n'intervient alors dans le jeu politique qu'au moment des élections. Voir : J. Gicquel ; J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 36e éd., Paris, LGDJ, 2023, p. 159-199.
Avant la conciliation du principe de représentation et de l'idée démocratique, le régime représentatif était antonyme au régime démocratique. Voir : A. Goujon, « La démocratie représentative », in A. Goujon (dir.), *Les démocraties : institutions, fonctionnement et défis*, Armand Colin, 2015, p.23-38 ; C. L. de Montesquieu, *De l'esprit des lois,* 1748 ; M. Duverger, *La démocratie sans peuple*, Paris, Seuil, 1967, p.249.

[10] A. Lijphart, politologue et intellectuel néerlandais, est reconnu comme l'un des pères fondateurs de la théorie de la démocratie consociative. Il identifie les quatre principes fondateurs de cette théorie dans plusieurs de ses travaux, notamment dans *Democracy in Plural Societies,* New Haven : Yale University Press, 1977, p.260 ; *Power-Sharing in South Africa,* Berkeley : University of California, 1985, p. 260.

[11] La charte du mandat français sur la Syrie et le Liban, entrée en vigueur le 29 septembre 1923, dispose dans son premier article que « le mandataire élaborera, dans un délai de trois ans à dater de l'entrée en application du présent Mandat, un statut organique (constitution) pour la Syrie et le Liban. Ce statut sera préparé d'accord avec les autorités indigènes et tiendra compte des droits, intérêts et vœux de toutes les populations habitant les dits territoires. Il édictera les mesures propres à faciliter le développement progressif de la Syrie et du Liban comme états indépendants… » Voir E. Rabbath, « Introduction historique », *in* E. Rabbath (dir.), *La Constitution libanaise : origines. Textes et commentaires*, Publication de l'Université libanaise, Beyrouth, 1982, p.5-59.

notamment inspiré de l'article 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875[12], qui dispose que « le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la Chambre des députés et le Sénat ». En d'autres termes, il affirme que tout texte législatif doit être l'œuvre du Parlement bicaméral (devenu monocaméral depuis la suppression du Sénat en 1927)[13]. De cette idée découle la nature strictement représentative du régime politique libanais : seuls les députés votent la loi, qui est l'expression de la volonté générale. Le paragraphe (D) du préambule de la Constitution (issu de la révision constitutionnelle de 1990) en témoigne, disposant que « le peuple est la source des pouvoirs et le détenteur de la souveraineté qu'il exerce à travers les institutions constitutionnelles ».

En outre, pour longtemps, des auteurs libanais ont considéré que le contrôle de constitutionnalité des lois, exercé par un organe spécial ou même par une juridiction ordinaire, porterait atteinte au principe de séparation des pouvoirs[14]. En ce sens, le constituant de 1926 est resté silencieux quant à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois, à l'instar des lois constitutionnelles de 1875 qui ne contenaient aucune disposition sur un contrôle juridictionnel des lois[15]. De son côté, l'article 2 du code de procédure civile libanais (1933) **«** interdit à tout tribunal d'apprécier la régularité des actes du pouvoir législatif, soit au point de vue de la constitutionnalité des lois, soit à celui de la conformité des traités diplomatiques aux règles du droit international public. Il est interdit de procéder par voie de dispositions réglementaires. » Ce n'est qu'en 1983 que cet article fut modifié[16]. En 1990, à la suite des accords de Taëf[17], la Constitution est modifiée et un Conseil constitutionnel est créé en lui octroyant des compétences limitées, et en réservant sa saisine aux autorités politiques. Il est uniquement compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois et statuer sur les conflits et pourvois relatifs aux élections présidentielles et parlementaires[18]. Ainsi, il a toujours refusé de

[12] France, loi constitutionnelle du 25 février 1875, article 1 : « Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la Chambre des députés et le Sénat… ».

[13] La loi constitutionnelle du 17 octobre 1927 modifie l'article 16 de la constitution, et remplace la nature bicamérale du parlement en le rendant monocaméral. Il dispose ainsi que « le pouvoir législatif s'exerce par une seule assemblée : la Chambre des députés. ».

[14] E. Rabbath, *La Constitution libanaise : origines. Textes et commentaires*, *op.cit.*, p.147-153.

[15] T. Majzoub et F. Majzoub, « La suprématie de la constitution au Liban », *Revue Juridique de l'Ouest*, 1998, p. 243

[16] En 1983, un nouveau Code de procédure civil est promulgué par le décret-loi n°90 du 16 septembre 1983. L'ancien article 2 est alors remplacé par un nouvel article disposant que : « Les tribunaux doivent respecter le principe de la hiérarchie des normes. En cas de conflit entre les dispositions des instruments internationaux et celles des lois ordinaires, les premières prévalent sur les secondes dans le domaine d'application considéré. Les tribunaux ne peuvent déclarer la nullité d'un acte législatif pour irrespect de la Constitution ou des instruments internationaux. » Il ressort de cette formulation que les dispositions de la constitution et des traités internationaux ont une autorité supérieure à celle des lois nationales ordinaire. En cas de conflit entre les dispositions de la constitution, des conventions, traités internationaux et celles des lois nationales, les magistrats écartent la loi jugée contraire à la Constitution. Néanmoins, la déclaration de nullité de la loi par les magistraux reste toujours prohibée. Voir : *Ibid.*

[17] La guerre civile libanaise dura officiellement de 1975 à 1990. En vue de mettre fin au conflit armé entre les différentes communautés religieuses libanaises, les accords de Taef sont conclus en 1990 en Arabie-Saoudite après un an de négociations. Ils apportent des amendements constitutionnels au texte originel de 1926. Voir : A. Blouet, « Le Conseil constitutionnel (…) une institution discrète », *op.cit.*, p.4.

[18] Liban, Constitution, article 19 : « Un Conseil constitutionnel sera institué pour contrôler la constitutionnalité des lois et statuer sur les conflits et pourvois relatifs aux élections présidentielles et parlementaires. Le droit de saisir le Conseil pour le contrôle de la constitutionnalité des lois appartient au Président de la République, au Président de la Chambre des députés, au Président du Conseil des ministres ou à dix membres de la Chambre des

contrôler la constitutionnalité du règlement intérieur de la Chambre des députés, considérant que le Parlement est souverain dans l'édiction de ses propres règles.

De surcroît, semblable aux régimes d'assemblée, « le gouvernement rend compte à l'assemblée comme le serviteur à son maitre »[19]. Dans les textes, la Chambre des députés joue un rôle fondamental dans la formation des gouvernements. D'une part, le Président de la République nomme le chef du Gouvernement après avoir consulté impérativement les parlementaires, rendant ainsi son choix soumis à l'opinion parlementaire[20]. D'autre part, le Gouvernement ne peut, en aucun cas, exercer ses prérogatives avant l'obtention la confiance de la Chambre des députés[21].

Cette situation de faiblesse institutionnelle du Conseil constitutionnel comme du Gouvernement demeure jusqu'à aujourd'hui et pourrait laisser à penser que l'institution centrale du système politique est la Chambre des députés. Cependant, le consociationalisme libanais altère le fonctionnement habituel de la chambre des députés dans un régime parlementaire.

II – Un régime parlementaire altéré par le consociationalisme

Le régime politique libanais actuel a été forgé par la guerre civile, « tant dans ses logiques que par la volonté d'en sortir en 1990 »[22]. Il naît, certes, en 1926 – lors de l'adoption de la toute première Constitution libanaise –, mais s'enracine en 1943 lors de la conclusion du « pacte national libanais ». Ce dernier est un accord non-écrit intercommunautaire conclu entre Béchara el-Khoury et Riad el-Solh, respectivement Président de la République et Président du Conseil des ministres à l'époque. Sa finalité essentielle était la « répartition des sièges parlementaires et des hautes fonctions en équité et proportionnellement à la taille des confessions »[23]. Depuis, par ce qui est devenu une pratique[24], les fonctions de Président de la République, Premier Ministre et Président de la Chambre des députés sont attribuées respectivement à un chrétien maronite, à un musulman sunnite, et à un musulman chiite[25]. Michel Chiha, l'un des artisans de la Constitution de 1926 et du Pacte National, se félicite en 1943 de cet accord intercommunautaire, estimant que « le confessionnalisme au Liban est la

députés, ainsi qu'aux chefs des communautés reconnues légalement en ce qui concerne exclusivement le statut personnel, la liberté de conscience, l'exercice des cultes religieux et la liberté de l'enseignement religieux. Les règles concernant l'organisation du Conseil, son fonctionnement, sa composition et sa saisine seront fixées par une loi. » - Voir : A. Blouet, « le Conseil constitutionnel (…) institution discrète », *op.cit.*, p.5-20.

[19] P.-M. France, Discours d'Évreux du 30 janvier 1955.

[20] Liban, Constitution, article 53, §2 : « Le Président de la République nomme le Chef du gouvernement désigné, après consultation du Président de la Chambre des députés, sur la base de consultations parlementaires impératives dont il l'informe officiellement des résultats. ».

[21] Liban, Constitution, article 64, §2 : « … Le Gouvernement ne peut exercer ses prérogatives avant l'obtention de la confiance ni après sa démission ni après avoir été considéré comme démissionnaire, que dans le sens étroit de l'expédition des affaires courantes ».

[22] A. Blouet, « le Conseil constitutionnel (…) une institution discrète », *op.cit.*, p.5.

[23] P. Brechon, *Comportements et attitudes politiques*, Presses Universitaires de Grenoble, 2006, p.33.

[24] La valeur juridique du Pacte national est discutée. Certains auteurs la qualifient comme une coutume, alors que d'autres la réduisent à un accord entre hommes politiques. Voir à ce propos : W. El-Lahham, *The Lebanese Constitution : legality in the arena of political philosophy*, Orient-Institut Beirut, 2014.

[25] A. Blouet, « le Conseil constitutionnel (…) institution discrète », *op.cit.*, p.7.

garantie d'une représentation politique et sociale équitable pour les minorités confessionnelles associées »[26]. Le citoyen libanais se retrouve ainsi perçu par le prisme de sa confession, et non pas en tant qu'individu sujet de droits et d'obligations. En d'autres termes, la question de la « représentation politique et sociale » des individus en tant que travailleurs, commerçants, chômeurs, étudiants, etc. n'est pas abordée. La représentation se saisit de l'individu uniquement en ce qu'il est membre de l'une des dix-huit communautés reconnues au Liban[27], ce qui fait abstraction des différences économiques, sociales ou culturelles au sein de la même minorité confessionnelle. Le conflit intercommunautaire devient ainsi la forme principale de conflit social, masquant souvent les différents clivages qui traversent toutes les communautés.

Juridiquement, cette logique se traduit dans le régime de candidature aux élections législatives. Dès 1927, chaque circonscription doit élire uniquement des députés dont l'identité confessionnelle est indiquée dans la loi électorale[28]. L'article 24 de l'actuelle Constitution, révisée à la suite des accords de Taëf de 1990, dispose que « les sièges parlementaires seront répartis conformément aux règles suivantes : a) À égalité entre chrétiens et musulmans. b) Proportionnellement entre les communautés de chacune de ces deux catégories. c) Proportionnellement entre les régions. » La participation des citoyens revêt, de ce fait, une signification bien différente de ce qu'elle est en Occident, particulièrement en France, où la population est plutôt conçue comme « un corps politique soudé, intégré, homogène »[29]. S'il est vrai que la Constitution libanaise reconnaît un seul peuple libanais sur un seul territoire[30], il n'en demeure pas moins qu'elle reconnaît également un « fédéralisme confessionnel »[31] : les citoyens participent au pouvoir sur la base d'une proportion communautaire. Ils élisent alors des représentants politiques de leur confession[32] qui se transforment en « protecteurs de la communauté »[33].

Conformément aux intentions d'un des artisans de la Constitution, Michel Chiha, la protection des minorités confessionnelles se fait au détriment de la protection de l'individu, du

[26] M. Chiha, *Politique intérieure*, Fondation Chiha, 1964, p.303-305.
[27] Liban, arrêté N°60 LR du 13 mars 1936, article 1er : « Sont légalement reconnues, en tant que communautés à statut personnel, les communautés historiques dont l'organisation juridique et judiciaire est fixée par un acte législatif ».
[28] Liban, Loi constitutionnelle du 17 octobre 1927, article 24 : « La Chambre des députés comprend : 1) des députés élus dont le nombre et le mode d'élection sont déterminés par les dispositions de l'arrêté nº 1307 qui restera en vigueur jusqu'à l'élaboration d'une nouvelle loi électorale par l'Assemblée. 2) des députés nommés par décret du Président de la République pris en Conseil des ministres, selon les modalités de la loi électorale en vigueur, en ce qui concerne la représentation des communautés et des circonscriptions électorales. Le nombre des députés nommés est égal à la moitié des députés élus. ».
[29] D. Rousseau, « Le principe juridique : le peuple constitutionnel », *Radicaliser la démocratie, Propositions pour une refondation*, Seuil, 2015, p.55-83.
[30] Le paragraphe (A) du Préambule de la Constitution de 1990 dispose que : « Le Liban est une Patrie souveraine, libre et indépendante, Patrie définitive pour tous ses fils, unitaire dans son territoire, son peuple et ses institutions, à l'intérieur de ses frontières fixées dans cette Constitution et reconnues internationalement. ».
[31] S. Dalla, « La constitutionnalisation du confessionnalisme. De l'exemple libanais », *RFDC*, nº103, 2015, p.13.
[32] Certes, dans les textes, l'article 27 de la Constitution libanaise dispose que « le membre de la Chambre [des députés] représente toute la Nation ». De la même façon, l'article 2 de la loi N°44 du 17 juin 2017 énonce que « tous les électeurs des circonscriptions électorales, quelle que soit leur confession, votent pour les candidats de leur circonscription ». Cependant, la répartition des sièges parlementaires entre les communautés conduit les citoyens à voter en majorité en fonction de leur confession. Voir : M. Arnous, « The Robustness of Sectarian Politics in Lebanon: Reflections on the 2018 Elections », *Civil Society Knowledge Center*, *Lebanon Support*, 2018.
[33] M. El-Bacha, « Démocratie et culture politique libanaise », *Confluences méditerranée*, n°70, 2009, p.80.

citoyen. Les prémices de la disparition de cet « individu » au profit du groupe confessionnel se sont très tôt manifestées dans le rapport préparé par la Commission de la Constitution de 1926. Une des questions posées aux corps constitués[34] était celle de savoir s'il fallait adopter une base confessionnelle pour la répartition des sièges au parlement. Cent-vingt-et-un des cent-quatre-vingt-neuf délégués appuyèrent le système confessionnel comme base de la représentation pour de multiples raisons, les plus importantes étant que « la représentation confessionnelle sauvegarde les droits des minorités et ne laisse pas de place aux récriminations » et que « les communautés au Liban tiennent lieu de partis politiques ». Seuls quatorze délégués s'opposèrent au système confessionnel, considérant que « le système confessionnel ne peut pas constituer une forme de gouvernement », et qu'il serait « inexact de considérer les communautés comme des partis politiques, car on adhère de son plein gré à un parti, tandis qu'on n'a pas le choix de naître dans telle ou telle communauté. » Pour autant, les communautés sont composées de pauvres et de riches, de conservateurs et de libéraux, de femmes et d'hommes. Comment partageraient-ils tous, le même corpus de valeurs et intérêts économiques et sociaux ? Et comment pourraient-ils constituer un seul et même parti politique ?

L'article 9 de la Constitution de 1926 aggrave cet effacement de l'individu au profit des groupes, lorsqu'il « garantit également aux populations, quel que soit le rite auquel elles appartiennent, le respect de leur statut personnel et de leurs intérêts religieux ». En d'autres termes, chaque communauté a son propre statut personnel qui relève des tribunaux confessionnels, et chaque statut communautaire répond à des règles bien précises édictées d'une manière quasi-indépendante par les chefs religieux de chaque communauté. L'État libanais, dans sa diversité religieuse, n'est ainsi jamais parvenu à promulguer un code civil unifiant le statut personnel de tous les citoyens. Par conséquent, il néglige tous ceux qui souhaitent renoncer à leur communauté sans leur offrir d'alternative aux règles religieuses[35].

La primauté de l'appartenance confessionnelle des Libanais, et la participation au pouvoir sur la base d'une proportion communautaire donnent *de facto* un fort pouvoir de contrôle aux chefs communautaires et éclipsent dans le même temps le rôle de la Chambre des députés.

[34] Une commission ad-hoc de douze membres, investie de la mission de rédiger le projet de la constitution de 1926, est chargée de consulter le peuple libanais (par le biais des délégués de corps constitués) dans la phase de rédaction du texte constitutionnel. Les corps constitués sont ainsi composés des « chefs de différentes communauté, anciens députés non réélues aux dernières élections, le secrétaire général du gouvernement, le Président du Conseil d'état, les directeurs des services généraux, les magistrats d'un rang supérieur, les conseils municipaux des chefs-lieux, les conseils administratifs du gouvernement, les chambres agricoles, le conseil de l'ordre des avocats, le syndicat de la presse, les directeurs des journaux non adhérents au syndicat, les anciens bâtonniers, l'association des propriétaires, la chambre de commerce, la bourse, l'association des commerçants, l'association des pharmaciens, l'association des médecins, l'association des dentistes, le syndicat des médecins et des pharmaciens, la chambre de commerce de tripoli, le conseil de l'ordre des avocats de tripoli, et en fin de compte, les avocats du Liban-nord, le total des délégués de ces corps constitués s'élevant ainsi a cent quatre-vingt-neuf notabilités. » Voir à ce propos : E. Rabbath, *La Constitution libanaise : origines. Textes et commentaires*, *op.cit.*, p.12-32.

[35] A. N. Messara, « Un modèle consociatif au Proche-Orient arabe, Approche comparative du système politique libanais », *Droit, institutions et systèmes politiques, Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Hors Collection, PUF, 1988, p.144.

III – L'effacement du rôle de la chambre des députés au profit de celui des « chefs » communautaires

Avec les modifications de 1990, les constituants ont tenté d'inclure tous les acteurs politiques représentant les groupes confessionnels dans des gouvernements « d'union nationale ». Dans ce modèle, les différents acteurs politiques, des adversaires politiques, se partagent le pouvoir exécutif et cohabitent dans un même gouvernement, alors même que certains d'entre eux viennent d'échouer aux élections[36]. Ce ne sont pas les élections au niveau national qui légitiment leur participation au gouvernement, mais plutôt leur capacité à représenter des communautés religieuses au niveau des différentes circonscriptions.

Cette volonté du constituant se reflète premièrement au niveau organisationnel par un mécanisme complexe de pouvoirs et contre-pouvoirs visant à garantir une entente entre les trois organes principaux - le Président de la République, le Gouvernement et le Parlement – préalable à toute prise de décision politique importante[37]. Par exemple, beaucoup des compétences sont partagées entre le Premier ministre et le Président de la République. De même, la majorité des décisions discutées au sein du gouvernement requière *a priori* un consensus ou, à défaut, l'approbation des deux tiers du nombre des membres du gouvernement[38]. La nécessité du consensus favorise la participation de tous les partis politiques dans des gouvernements d'union nationale, rompant avec l'idée de majorité et d'opposition parlementaire, traditionnellement présente dans les régimes politiques contemporains. Elle entraine de même une multiplication des « élites » politiques communautaires, souvent adversaires et venant de tout bord politique. En effet, depuis la fin de la guerre civile, la vie politique au Liban a été marquée par une apparition du rôle des « pôles » ou des « chefs » politiques, souvent au nombre de cinq ou six[39], représentant les groupes communautaires. Par ailleurs, s'ils ne présentent pas toujours aux élections législatives ou ne participent pas toujours aux gouvernements comme ministres, ils y délèguent souvent des représentants issus de leur groupe politique respectif[40].

Indéniablement, cela contribue au déclin du rôle du député-représentant au profit de l'apparition d'un phénomène de chefs-non élus : ils participent à la vie politique institutionnelle sans aucune légitimité électorale. À titre d'exemple, leur rôle est dominant dans la formation

[36] S. Ghamroun, « A quoi sert donc la loi électorale ? », *Travaux Et Jours*, n°93, 2018, p.85.
[37] C. Koch, « La Constitution libanaise de 1926 à Taëf, entre démocratie de concurrence et démocratie consensuelle », *Égypte/Monde arabe*, n°2, 2005, p.159-190.
[38] Liban, Constitution, article 65 : « … Le quorum légal pour ses réunions (du gouvernement) est des deux tiers de ses membres. Les décisions y sont prises par consensus, ou si cela s'avère impossible, par vote, et les décisions sont alors prises à la majorité des présents. Quant aux questions fondamentales elles requièrent l'approbation des deux tiers des membres du Gouvernement tel que le nombre en a été fixé dans le décret de formation. Les questions suivantes sont considérées comme fondamentales: La révision de la Constitution, la proclamation de l'état d'urgence et sa levée, la guerre et la paix, la mobilisation générale, les accords et traités internationaux, le budget général de l'Etat, Les programmes de développement globaux et à long terme, la nomination des fonctionnaires de la première catégorie ou équivalent, la révision des circonscriptions administratives, la dissolution de la Chambre des députés, la loi électorale, la loi sur la nationalité, les lois concernant le statut personnel et la révocation des ministres. ».
[39] Pour les dernières 20 années, c'était Michel Aoun, Nabih Berri, Saad Hariri, Samir Geagea, Walid Jumblatt et Hassan Nasrallah.
[40] N. Hasbani, « Liban : crise politique sur fond de nouveau partage du pouvoir », *Politique Etrangère*, Institut français des relations internationales, 2007, p.41.

des gouvernements de coalition. Bien que cette compétence soit attribuée dans les textes au Chef du Gouvernement[41], en réalité, ce sont les chefs communautaires, souvent non élus, qui ont le dernier mot sur la nomination des ministres émanant de leur groupe confessionnel[42]. Une pratique de veto s'installe ainsi : ils menacent que leurs représentants politiques au Parlement n'octroient pas la confiance aux gouvernements dans l'éventualité de non-respect de leurs directives. Les ministres et les députés deviennent les porte-paroles des chefs communautaires. Le vote n'est plus qu'une source de légitimité de façade pour les représentants, affaiblissant le parlement et le système constitutionnel dans son ensemble.

Seule l'entente cordiale et consensuelle des chefs permet de dépasser les clivages existants et éviter les blocages des institutions. Dès lors que les décisions politiques et les règles de droit trouvent leur source dans l'entente et non pas dans leur conformité aux dispositions de la Constitution, le réel pouvoir politique et normatif ne réside plus dans les institutions étatiques, mais dans les lieux où se crée plus facilement l'entente entre les chefs politiques.

Ce consensus est symbolisé par des « tables du dialogue national »[43] qui regroupent depuis la fin de la guerre civile, et à chaque crise politique, les principaux dirigeants communautaires. Étant le fruit d'une tentative des chefs des plus grands partis politiques confessionnels d'organiser de manière autonome le système politique libanais, elles réapparaissent à chaque fois qu'une crise nationale s'installe[44].

Elles servent, en parallèle des institutions constitutionnelles, de lieux de débats de sujets conflictuels qui ne recueillent pas de consensus. Leur importance réside dans leur capacité à produire des règles de droit et des décisions politiques, bien qu'elle ne soit pas un organe élu. Ces décisions, prises par les principaux chefs communautaires, sont ensuite formalisées par leurs « porte-paroles », tant au Parlement qu'au sein du gouvernement.

L'objectif est de parvenir plus rapidement à un consensus entre les principaux chefs politiques. Pour cela, un groupe restreint de dirigeants communautaires délibère en dehors des institutions constitutionnelles. Les tables ne représentent pas « toute la nation » comme le Parlement mais rassemblent les élites politiques communautaires, préservant ainsi le *statu quo* du système confessionnel consociatif. Au lieu de promouvoir un dialogue national inclusif, elles excluent divers segments de la société, notamment la société civile et les partis non confessionnels.

En 2015, grâce aux tables de dialogue, les chefs communautaires ont surmonté la vacance présidentielle à l'époque et ont réussi à élire un président consensuel[45]. Aujourd'hui, dans un contexte similaire de vacance présidentielle, l'incapacité à élire un Président de la République suscite de nouveau une polémique sur la nécessité de recourir aux tables de

[41] Liban, Constitution, article 64 : « Le président du Conseil des ministres … procède aux consultations parlementaires en vue de former le Gouvernement, dont il contresigne avec le Président de la République le décret de formation du Gouvernement. ».

[42] À titre d'exemple, bien qu'il ne soit pas élu, Walid Joumblatt, chef communautaire druze, négocie la nomination des ministres émanant de son groupe confessionnel et cela à chaque formation d'un nouveau gouvernement. Voir J. Mouawad, « A l'heure du soulèvement libanais, retour sur les législatives libanaises de 2018 », *op.cit.*, p.184.

[43] A travers son histoire, le Liban a connu a des moments clés une série de table de dialogue, notamment entre 1975 et 1989, en 2006, et entre 2008 et 2014.

[44] S. Ghamroun, « A quoi sert donc la loi électorale ? », *op.cit.*, p.85.

[45] M. Walhlisch, « The Lebanese National Dialogue Past and present experience of consensus-building », *Berghof foundation*, 2017, p.19.

dialogue. Dans ses discours, le Président de la Chambre des députés souligne son importance comme solution pour parvenir à l'élection d'un Président[46].

Cette nécessité d'un dialogue témoigne de l'inefficacité des institutions étatiques du régime parlementaire libanais à répondre aux crises politiques. N'étant pas toujours personnellement présents dans les institutions étatiques, c'est grâce à ces tables de dialogue que les « chefs » communautaires gardent leur influence.

[46] M. Walhlisch « Berry prêt à diriger un dialogue pour la présidentielle, en personne et sans conditions préalables », *L'Orient-le Jour*, 2024.

Chapitre 3

Conseil constitutionnel

Le mythe du roi Midas incarné par le Conseil constitutionnel

L'autolimitation du Conseil constitutionnel, la garantie de l'Etat de droit ou la menace de son impuis-

LE MYTHE DU ROI MIDAS INCARNÉ PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Paul VASSAL

« Midas accueillit dans ses États Bacchus avec un empressement tout particulier ; et Bacchus par reconnaissance, lui promit de lui accorder tout ce qu'il lui demanderait. Midas demanda que tout ce qu'il touchait se changeât en or. Il se repentit bien d'avoir fait telle demande, car tout se changeait en or jusqu'à ses aliments, dès qu'il les touchait »[1].

Le mythe de la constitutionnalisation des branches du droit ne serait « qu'illusion et chimère »[2] selon l'expression du professeur Eisenmann. Or, ce mythe persiste pour soutenir une critique d'« extension impérialiste du droit constitutionnel »[3], critiquant la place prépondérante qu'aurait prise le Conseil constitutionnel. La réalité de la rue Montpensier démontre l'inverse. Cette réalité appelle à une lecture démystifiée des rapports qu'entretient le Conseil constitutionnel avec les branches du droit et les institutions qui l'entourent.

Il est possible de définir le mythe comme étant une fable racontée à travers le temps contenant un ensemble de représentations idéalisées autour d'une technique et qui lui donne une force, une importance particulière dans la pensée populaire. La légende du mythe n'a souvent plus de lien avec l'événement d'origine. Il a été perpétué par la parole ou l'écrit en étant déformé, enjolivé ou aggravé. Il demeure dans la pensée collective de la société dont il a émergé, tant qu'il n'est pas déconstruit.

À l'inverse, le droit est composé d'un ensemble de règles interpersonnelles et générales. Ces règles sont destinées à organiser la vie sociale, protéger les droits subjectifs des individus, et déterminer par des renvois successifs la règle applicable aux cas d'espèce[4]. En soi, le droit représente un ensemble de règles définies et ancrées, dont le fondement est déterminable, et dont l'origine n'est pas issue de la légende.

Ainsi, par le jeu des définitions, l'histoire mythologique s'oppose à la réalité de la science juridique. Cette science détermine le contenu de connaissance du droit par des méthodes scientifiques précises. Il ne pourrait en résulter qu'un lien ténu, voire inexistant, entre le mythe, les dieux grecs et le droit ; entre le Roi Midas et le Conseil constitutionnel et les branches du

[1] G.J. Comte de Cosnac, *Midas ! le roi Midas a des oreilles d'âne !*, Gallica, 1873, p.25.
[2] C. Eisenmann, « La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RDP*, 1972, p.1369-1274.
[3] A. Vidal-Naquet, « La constitutionnalisation des branches du droit et "l'impérialisme du droit public" », *L'identité de droit public*, X. Bioy (dir.), Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2011, p.89-103.
[4] D. Chagnollaud de Saboure, *Dictionnaire élémentaire du droit*, Dalloz, 2e éd., 2016, p.72.

droit. Pourtant, le mythe s'est développé, pour défendre ou critiquer le rôle du Conseil constitutionnel.

Depuis sa création en 1958, et le début de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce dernier a démontré un développement progressif de son rôle dans le contrôle de la loi. À l'image de Midas qui se vit offrir ses pouvoirs par Bacchus, le Conseil constitutionnel s'est vu créer et confier des prérogatives inédites vis-à-vis de notre tradition légicentriste par la Constitution de la V[e] République.

Ce dernier a pris une dimension inédite, pour devenir le garant des droits et libertés. Son pouvoir de gomme constitutionnelle pour censurer *a priori* les lois qui ne respecteraient pas l'ordre constitutionnel, où « la loi ne respecte la volonté générale que dans le respect de la constitution »[5]. Ou le contrôle *a posteriori,* sur les droits et libertés que la Constitution garantit. Dans un mouvement inverse à cette montée en puissance, une contestation a vu le jour concernant la place prise par le Conseil. Elle s'aide des espaces où l'interprétation de son action peut être contestée ou déformée (notamment sur l'interprétation des règles[6], la détermination des compétences[7] ou la création de droits constitutionnels *ex-nihilo[8]).* La déformation de son action prenant la forme de la chimère d'une constitutionnalisation des branches du droit, et du « tout constitutionnel » (autrement dit, l'hégémonie du droit constitutionnel, et de son organe interprétatif, le Conseil constitutionnel). Aujourd'hui, le Conseil est régulièrement remis en cause pour sa position d'interprète suprême. Un témoin probant de cette contestation est la proposition de révision constitutionnelle émise par certains membres de l'Assemblée nationale pour remettre en cause la valeur de la décision d'inconstitutionnalité du Conseil.

Il est intéressant de s'interroger si le tout constitutionnel est une réalité tangible ou un mythe ? Il sera démontré que le mythe du tout constitutionnel est alimenté par différentes sources (I), alors même que les faits analysés précisément démontrent une certaine retenue dans l'action du Conseil constitutionnel voulue ou contrainte (II).

[5] Cons. const., 23 août 1985, n° 85-197 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

[6] M. Van De Kerchove ; F. Ost, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, p.192-204 ; et J. Chevallier, « L'interprétation des lois », in G. Koubi et G. Fauré (dir.), *Le titre préliminaire du code civil*, Paris, Economica, 202003, p.25-133.

[7] P. Avril, *Les conventions de la Constitution* PUF, coll. Léviathan, 1997.

[8] La jurisprudence du Conseil constitutionnel « découvrit » les PFRLR (Cons. const., 23 novembre 1977, DC n°77-87, *Liberté d'enseignement*), les RPIIC (voir : Cons. const., 15 octobre 2021, n° 2021-940 QPC, *Société Air France*), *etc.*

I – Un mythe actuel : la tenace illusion d'un organe touchant l'ordre juridique pour le changer en ordre constitutionnel

Ce mythe s'est fondé principalement sur l'action du Conseil constitutionnel, avec l'appui partiel des théoriciens de ce droit en développement. Ce renouveau cherchait à imposer une nouvelle légitimité pour répondre à une position encore fragile, notamment en légitimant une domination sur les autres branches du droit. Les premiers commentateurs de l'école d'Aix-en-Provence ont analysé : « Le "constitutionnel" est en train de "colorer" progressivement l'ensemble des branches du droit »[9]. Et progressivement, la doctrine commente sur une montée en puissance du droit constitutionnel sur les autres branches du droit, et sur ses acteurs[10]. Impérialisme questionnant sur la légitimité démocratique[11], issue des critiques déjà connues de l'argument contre-majoritaire[12].

Il voit son action être qualifiée d'une « prétention systémique au tout constitutionnel »[13], voire même d'« hyper-constitutionnalisme », de « pan-constitutionnalisme » ou du « tout constitutionnel »[14]. Le problème de cette impression d'essentialité, réside dans son utilisation contre le Conseil constitutionnel, car ce dernier n'ayant plus vocation à se limiter à son domaine traditionnellement attribué. À savoir, les règles de fonctionnement des institutions politiques et les rapports entre l'État et les individus[15].

Pour démontrer que le fondement du mythe de la constitutionnalisation des branches du droit est varié, la notion de constitutionnalisation des branches du droit sera utilisée. Il faut considérer que la coloration du droit dans l'or constitutionnel est effectuée, *a minima,* par trois actions différentes[16].

Dans un premier temps, nous parlons d'une constitutionnalisation *juridictionnalisation*. Cette méthode par laquelle, le droit constitutionnel change sa forme de « récit dans lequel les sociétés *se constituent* en tant que telles », pour devenir la garantie des droits et libertés, dont son gardien devient le juge constitutionnel. De ce changement, il sera constaté que « l'avènement du juge constitutionnel viendra profondément ébranler le volontarisme législatif, marquant le passage d'un régime légicentriste à un "régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale". Cette mutation du droit positif donnera naissance, au sein de la doctrine constitutionnaliste, à un phénomène de juridictionnalisation du droit constitutionnel »[17]. Le récit de la montée en puissance du Conseil est conclu par la décision de 1987. Dans cette

[9] L. Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Mélanges Léo Hamon,* Paris, Economica, 1982, p.244.
[10] A. Vidal-Naquet, « La constitutionnalisation (…) droit public », *op. cit.*
[11] J. Rivero, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, n°05 - Le consensus - avril 1978 - p.57-64.
[12] A.-M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 1986, 2ème édition, p.16-17.
[13] N. Molfessis, « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs,* n°105, 2003, p.96.
[14] L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2008, 11e éd., p.363.
[15] D. Baranger, « La constitutionnalisation des branches du droit : une affaire de point de vue ? », in *Mélanges en l'honneur de Patrick Waschmann,* 2019.
[16] L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Roland Drago,* Économica, 1996, p.25.
[17] D. Baranger, « La constitutionnalisation des branches du droit : une affaire de point de vue », *op. cit.*

décision y est consacré un régime constitutionnel du contrôle de la loi. Cette précision sémantique entoure alors la loi dans l'or constitutionnel. Il justifie que le seul organe habilité à interpréter la Constitution puisse censurer la loi[18].

Ce placement au sommet constitutionnel, dans le contrôle de la volonté générale, démontre le place importante prise par le droit constitutionnel. Il n'est plus seulement un droit d'organisation des pouvoirs publics, mais un droit garantissant la bonne tenue de la loi, de l'expression de la volonté générale. Lorsque la Constitution est la norme fondamentale, comment admettre que cette suprématie ne s'impose pas dans tout le reste de l'ordre juridique[19].

Or, face à un régime de tradition légicentriste, une telle prise de position conduit dans l'imaginaire collectif à associer contrôle de la loi et soumission de celle-ci face à la Constitution, et par extension au juge constitutionnel[20]. Ce sentiment peut se retrouver renforcé par la transformation du Conseil constitutionnel en réelle « Cour constitutionnelle ». De surcroît, les Parlementaires alimentent la prise d'importance du Conseil constitutionnel, par la saisine, pour trouver une réponse juridique aux contradictions résultant du jeu de l'opposition politique.

Cumulativement à cette juridictionnalisation, une deuxième action du Conseil a pour objectif d'étendre la portée des principes constitutionnels. Cette nouvelle méthode est celle de la constitutionnalisation *élévation*[21], autrement dit le transfert vers la valeur constitutionnelle d'éléments juridiques qui relevaient autrefois de la valeur réglementaire ou législative. C'est par exemple toute la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui reprend les principes évoqués par le juge administratif tout en lui donnant une coloration constitutionnelle[22].

La dernière méthode attribuée est celle de la constitutionnalisation *transformation,* ce qui signifie la modification du contenu des branches du droit par l'imprégnation des normes constitutionnelles. Le droit constitutionnel s'infuse au sein du droit. L'augmentation des matières contentieuses atteignant le Conseil a permis à cette méthode de s'étendre.

Les exemples comme la liberté de mariage, ou encore de la responsabilité civile[23] sont évocateurs de cette transformation. Elle consiste pour la jurisprudence, en la recherche constante d'un fondement constitutionnel, sans forcément qu'il en existe un de manière explicite du fait d'un catalogue de droits et libertés restreint.

---

[18] P. Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, PUF, Paris, coll. Les Grandes thèses du droit français, 2001, p.246.

[19] D. Baranger, « La constitutionnalisation des branches du droit : une affaire de point de vue », *op. cit.*

[20] M. Guenaire, « La constitution ou la fin de la politique », *Le débat*, Gallimard 1991/2 n° 64, p.146-153.

[21] Voir notamment, et pour des exemples récents : A. Cappello, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ, Thèses et commentaires, 2014 ; B. Bauduin, *La constitutionnalisation du droit du travail étude d'une dynamique contemporaine*, LGDJ-Lextenso, 2021 ; P.-Y. Gadhoun, *Droit constitutionnel de l'économie*, Lexis Nexis, 2023 ; J.-Fr. Brisson, « Marchés publics et constitutionnalisation du droit. Les apories du contentieux constitutionnel des contrats publics », in *La Constitution et les valeurs, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p.85.

[22] L. Favoreu, « L'influence de la jurisprudence … branches du droit », *op. cit.*, p.244.

[23] D. Baranger, « La constitutionnalisation des branches du droit : une affaire de point de vue ? », *op.cit.* ; et D. Fenouillet, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes. Promotion ou déformation ? », *JP-X*, p.53.

Dans les récentes décisions, c'est par la négative que s'exprime le mieux ce processus de transformation opéré par le Conseil. La décision sur les cours criminelles départementales[24] en est le parfait exemple. Le refus pour le Conseil de consacrer un principe fondamental reconnu par lois de la République pourrait représenter le signe de deux facteurs : la « toute-puissance » du Conseil constitutionnel sur les autres branches du droit par la possibilité de reconnaître une règle fondamentale relative à cette branche du droit ; et son indépendance totale en matière de choix sur des sujets sociétaux d'une importance élevée méritant une plus grande attention.

Enfin, il est reproché un phénomène de constitutionnalisation plus large, une constitutionnalisation de la vie démocratique (ce débat a déjà eu lieu de manière restreinte dans la doctrine[25]). À la suite des débats sur la réforme des retraites, et la loi immigration, le Conseil s'est vu sollicité par tous les acteurs pour régler ces questions de sociétés. Ces débats ont fait du Conseil un personnage central. Ses décisions devenant déterminantes pour l'ensemble des branches de notre société. En raison de l'image renvoyée par certains acteurs de toute-puissance du Conseil constitutionnel. Et ce pouvoir serait renforcé par la difficulté de contester une décision, si ce n'est celui de la révision constitutionnelle.

Par l'ensemble de ces actions constitutionnelles, le Conseil a vu se construire un mythe de toute-puissance sur le droit, puis sur ses acteurs. Ces actions de constitutionnalisation enrichissent un sentiment à l'égard du Conseil. Un sentiment d'essentialité, de centralité dans l'ordre juridique, pour se rapprocher d'être la source principale des droits. Il s'apparenterait alors à l'origine dont tout découle où tout converge.

Or, la réalité, elle, diffère. La prétention attribuée est incorrecte car la toute-puissance du Conseil constitutionnel n'est pas fondée. Elle est modérée, encadrée, et limitée. Par l'analyse concrète des rapports du Conseil constitutionnel et de la réalité juridique, il est démontré que le « tout constitutionnel » est un mythe (II).

II – Un mythe infondé : une toute-puissance aux pieds d'argile

Les faiblesses de notre mythe se situent dans la réalité des interactions juridiques du droit constitutionnel. Différent du Roi Midas des temps antiques, le Conseil n'a pu abuser de ses pouvoirs, en raison de conjonctures structurelles et sociales. Il est encadré dans une réalité complexe, où il préfère parfois s'autolimiter. Un célèbre doyen affirmait alors que : « (l)e droit constitutionnel n'est ni la source historique et juridique de l'ensemble du droit ni le démiurge des concepts et des méthodes de celui-ci. La démonstration est surabondante »[26]. Cette démonstration s'est longuement enrichie.

[24] Cons. const., 24 novembre 2023, n°2023-1069/1070 QPC, M. Sékou D. et autres, Cours criminelles départementales, Conformité.
[25] M. Guenaire, « La constitution ou la fin de la politique », *op. cit.*, et L. Favoreu, « De la démocratie à l'état de droit », *Le Débat*, Gallimard 1991/2, n°65, p.154 à 158 ; pour une critique récente : A. Roblot-Troizier, « L'indispensable mue du Conseil constitutionnel », Le Club des juristes, 2023.
[26] G. Vedel, « Aspects généraux et théoriques. Introduction », in *Mélanges Roland Drago*, préc., 1996, p.6.

Premièrement, une doctrine d'autolimitation du Conseil constitutionnel s'est ancrée à la suite des années 1990[27]. Elle s'est particulièrement développée à la suite de l'épisode 1993, et de sa décision sur la loi immigration qui mena à une révision constitutionnelle sanctionnatrice[28]. De même, le Conseil constitutionnel se limite au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation s'agissant de certaines questions qui lui sont posées, les questions de société[29]. Ainsi, bien qu'une constitutionnalisation puisse avoir lieu à l'aide des mécanismes précités, elle se déroule dans un cadre de limitation propre au Conseil, qui de sa propre action brise le mythe d'un « tout constitutionnel ». Diminuant alors la prétention d'universalisme du droit constitutionnel.

Par suite, le législateur garde une certaine indépendance. Bien que la loi soit soumise au respect des conditions édictées par la Constitution, elle ne devient pas un contenant reprenant automatiquement les dispositions matérielles de la Constitution (c.-à-d. le législateur reste libre d'intervenir sur un sujet ou d'intervenir d'une certaine manière). L'action législative revient simplement à produire la loi dans les conditions formelles prévues par la Constitution, et veiller à ne pas atteindre, ou à n'atteindre que de manière justifiée à un droit ou une liberté. Ainsi, la liberté du législateur (et donc de la loi) reste pleine. De surcroît, et très rarement du fait de la division du Parlement, il peut, lors de situations graves, décider de se passer de la saisine *a priori*. Cette décision résulte d'un commun accord entre les partis politiques concurrents, où le consensus sur certaines mesures potentiellement inconstitutionnelles ne sont pas soumises à l'examen des juges de Montpensier, renvoyant au contrôle *a posteriori,* le soin de déterminer le sort des dispositions.

En outre, les autres organes de l'ordre juridique ne sont pas soumis à la volonté « d'hégémonie » du Conseil. Le Conseil n'est pas une Cour suprême telle que la Cour américaine, son impérialisme se rapproche d'un impérialisme fragile[30]. Les entités juridiques indépendantes obligent à des interactions réciproques : « il convient de garder à l'esprit que la place du Conseil constitutionnel comme "Cour suprême" est tributaire non seulement de ses relations avec les juridictions nationales mais aussi de celles entretenues avec les juridictions européennes »[31]. Rejoignant ainsi la doctrine du droit vivant, où : « (la) signification judiciaire du droit applicable est une donnée que la Cour constitutionnelle se trouve tenue de prendre en compte comme base du problème de constitutionnalité qu'il lui appartient de résoudre »[32]. Et c'est bien toute la limite de cette supposée toute-puissance constitutionnelle. Elle n'est valide que si les acteurs décident (c.-à-d. les juges de droit commun) de s'y référer et de collaborer.

[27] M. Talon, « Le CC ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », *RDP*, n°1, janv. 2020, p.137 ; Cons. const, 15 janvier 1975, n°74-54 DC : « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur ».

[28] Cons. const., 13 août 1993, n°93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*

[29] B. Mathieu, « Conseil constitutionnel – Les « questions de société » échappent au contrôle de constitutionnalité », *La Semaine Juridique Edition générale n°22, 27 mai 2013.*

[30] A. Vidal-Naquet, « La constitutionnalisation (…) droit public », *op. cit.*, p.89-103.

[31] B. Mathieu. « Le nouveau Conseil constitutionnel au regard de la catégorie des Cours suprêmes. Réflexions autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, n°2, 2010.

[32] G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant », *A.I.J.C.*, 1986, II, p.55.

D'une part, et comme pour toute juridiction, la jurisprudence du Conseil constitutionnel repose sur l'éventualité d'une saisine pour les lois ordinaires. Ce sont des procédures « facultatives »[33], et non d'office (tant la saisine *a priori*, qu'*a posteriori*), qui doivent être actées par un « saisissant », et dans le cadre de l'article 61-1, appréciées par le juge du fond et la juridiction suprême de chaque ordre. Or, nous devons observer un tassement des QPC transmises par les juridictions suprêmes, et la diminution de l'activité du Conseil. Cette corrélation démontre que le Conseil reste dépendant de ses interactions avec les autres juridictions. Il ne peut exercer à un totalitarisme constitutionnel, au risque d'être coupé de la base.

D'autre part, les effets différés des décisions du Conseil produisent un « effet inutile »[34] à la suite de la décision QPC qui ne permet pas au requérant de profiter pleinement de la déclaration d'inconstitutionnalité (et donc limite l'extension du champ constitutionnel), Monsieur Ducharme relevait que : « L'effet inutile apparaît alors comme devenant le principe, puisque sur les 73 décisions de non-conformité (avec effet immédiat ou différé), l'effet utile n'est maintenu que dans 32 d'entre-elles ; soit dans 43,8 % des cas »[35]. Également, la réserve d'interprétation peut conduire à limiter l'efficacité de la saisine, celle-ci pouvant être évasive. La décision de 2004[36] est un exemple probant, où le Conseil se contente d'encadrer le cadre pénal, sans s'intéresser au choix du législateur[37].

Dans les faits, nous retrouvons aussi le « dialogue des juges ». Il est factuel, et non une obligation pour le juge. Pourtant, il conduit les Conseillers à faire preuve d'une certaine prudence ou de s'inspirer des jurisprudences étrangères au moment de statuer. Notamment des juridictions européennes. Mais aussi en s'inspirant des autres cours constitutionnelles, à l'image des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle, inspirés de la jurisprudence de la Bundesverfassungsgerich.

Ce dialogue conduit aussi à ce que le débat constitutionnel se mêle à d'autres (conventionnel, administratif), entraînant sa dilution : « toute juridiction a vocation à devenir non pas une juridiction constitutionnelle mais une juridiction d'application de la Constitution. Le débat constitutionnel n'est plus limité à la sphère des autorités publiques saisissant la juridiction constitutionnelle ou plaidant devant elle comme le contrôle a priori, mais est à présent dans chaque procès devant chaque juge »[38]. La Constitution devient alors une source pour le contentieux parmi d'autres, résultat d'une dilatation qui a conduit à une dilution du concept[39], et pas d'une toute-puissance.

[33] Bien que les lois organiques, les règlements des assemblées représentent des saisines obligatoires, leurs nombres est quantitativement plus faible que celle de la loi.
[34] T. Ducharme, « Le bénéfice des décisions d'inconstitutionnalité : quelle(s) application(s) en fonction des droits et libertés méconnus ? », *Revue des droit et libertés fondamentaux*, chron. n°07, 2022.
[35] *Ibid*.
[36] Cons. const., 2 mars 2004, n°492-2004 DC, cons. n°6.
[37] G. Royer, « La réserve d'interprétation constitutionnelle en droit criminel », *Revue de Science criminelle*, 2008, p.825 et s.
[38] M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibl. constitutionnelle et la science politique », tome 135, 2010.
[39] O. Beaud, « Où va le droit (constitutionnel) ? », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n°40, 1er Octobre 2018, p.1022.

Enfin, la dernière limite est représentée par la limite populaire. Elle est la plus distante, elle ne s'exprime pas de manière immédiate, mais elle est la plus effective par sa légitimité. À l'image du dieu Bacchus reprenant le pouvoir, le Peuple constituant détient la possibilité pour reprendre le pouvoir donné en amendant la Constitution. Penser que la suprématie du juge constitutionnel est absolue est erroné[40]. Le défi majeur que doit affronter le Conseil constitutionnel est représenté par le besoin constant de légitimité sociale et d'acceptabilité de ses décisions[41]. Car quand il n'est pas légitime ou sa décision acceptée (même si contraire à la majorité), le Peuple peut décider de le sanctionner et de modifier la Constitution pour permettre l'adoption de la norme contraire à la Constitution. Bien qu'il soit toujours impossible d'obtenir un consensus autour d'une structure constitutionnelle, celui-ci relevant davantage de l'ordre affectif que de l'ordre rationnel, le Conseil doit se méfier de choisir entre la « popularité et (le) consensus », car il est bien compliqué de savoir « où situer la limite ? ».[42]

* *
*

Ainsi, l'Impérialisme attribué du Conseil constitutionnel s'est construit sur le mythe de la constitutionnalisation des branches du droit. Or, la réalité démontre bien l'importance prise du droit constitutionnel et du Conseil (qui n'est pas remis en cause), mais qu'il reste encadré et qu'il se limite lui-même. Ainsi, il est encore possible d'affirmer que : « Les règles écrites ou jurisprudentielles qui composent le droit civil, le droit pénal, le droit commercial, etc. ne sont ni dans leur existence ni dans leur essence les produits de déduction juridique à partir de l'axiomatique constitutionnelle »[43]. Car à nouveau, le présupposé d'une source constitutionnelle pour tout le droit positif se heurte aux évidentes limites du contenu de la Constitution. Le droit constitutionnel est devenu prépondérant, en cherchant à être le garant des droits et libertés, mais il n'est pas hégémonique. Ce droit constitutionnel agit dans un système entouré d'autres systèmes aux valeurs parallèles, l'un ne devenant pas plus important qu'un autre. In fine, le Conseil constitutionnel n'a pas autant de pouvoir que Midas, et il ne peut transformer tout le droit en or constitutionnel.

[40] Pour un exemple d'un courant argumentant dans ce sens, il est renvoyé vers : L. Kramer, *The People Themselves. Popular constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004, p.376.
[41] B. Friedman, « Mediated Popular Constitutionalism », *Michigan Law Review*, 2003, p.2596-2636.
[42] J. Rivero, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, n°5, 1978, p.57.
[43] G. Vedel, « Aspects généraux et théoriques. Introduction », in *Mélanges Roland Drago*, préc., 1996, p.6.

L'AUTOLIMITATION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, LA GARANTIE DE L'ÉTAT DE DROIT OU L'ILLUSTRATION DE SON IMPUISSANCE ?

Elliot VALET

Au lendemain de l'examen par le Conseil constitutionnel de la loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023, l'institution a fait l'objet d'un vif intérêt de l'opinion publique. Si le personnel politique y voyait déjà un outil stratégique, dernier recours des minorités parlementaires depuis la réforme de 1974[1], il est progressivement devenu un acteur incontournable de la procédure législative. En témoignent les injonctions répétées des Premiers ministres à leurs gouvernements de « faire étudier attentivement (…) les questions de constitutionnalité que pourrait soulever un texte en cours d'élaboration » par les services compétents[2], voire d'anticiper et d'évaluer le « risque d'inconstitutionnalité » des dispositions à la fois des projets, des propositions de loi et des amendements[3].

En parallèle, il existe une dynamique constante de mise en cause du contrôle de constitutionnalité au sein des démocraties occidentales, et notamment en France. Cette dynamique se traduit très concrètement dans le paysage politique par la tendance à considérer que l'élection, et à travers elle la supposée « volonté populaire », est le seul vecteur de légitimité. Les décisions prises par un élu ne peuvent alors souffrir d'aucune contradiction, y compris lorsqu'elles ne sont pas compatibles avec des normes de valeur constitutionnelle. Le président actuel du Conseil constitutionnel, Laurent Fabius, à l'occasion de ses récents vœux au président de la République, semble avoir manifesté une inquiétude à cet égard, en évoquant avec insistance la notion d'État de droit, tout en décriant « le refus de la légitimité des juges » infusant le débat public[4].

Ces éléments font particulièrement écho au motif récurrent de dépréciation politique de la légitimité du Conseil pour en attaquer les décisions. L'exemple de Patrick Devedjian, ancien ministre, est particulièrement évocateur : à la suite de l'annulation de l'un des dispositifs du

[1] L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 1994/2, n° 46, p. 557-581.

[2] Circulaire de M. Lionel Jospin, Premier ministre, du 6 juin 1997, relative à l'organisation du travail gouvernemental, parue au Journal officiel du 7 juin 1997

[3] Circulaire de M. Manuel Valls, Premier ministre, du 12 septembre 2014, relative à la méthode de travail du Gouvernement, parue au Journal officiel du 15 septembre 2014

[4] Propos recueillis par Abel Mestre pour *Le Monde*, à l'occasion des vœux à huis clos du Président du Conseil constitutionnel au Président de la République, 8 janvier 2024.

projet de loi de finances pour 2010 qu'il avait porté[5], il évoquait l'idée selon laquelle « le président du Conseil constitutionnel est un homme politique qui s'est vivement opposé au président en exercice, cela nuit à l'autorité de la décision prise par l'institution »[6]. De même, à l'occasion du contrôle de la loi « immigration » de 1993[7], le Gouvernement avait largement fait état de son irritation à l'égard du Conseil : c'est le cas de Charles Pasqua, mais également de Robert Pandraud, ancien ministre délégué à la Sécurité du gouvernement Chirac, déclarant que « la volonté populaire prime les interprétations de tel ou tel petit cénacle »[8]. Il s'agissait à l'époque d'une démarche collective de la majorité, dénonçant ici « une interprétation très libre de la Constitution »[9] ou là une « situation burlesque dans une démocratie comme la nôtre »[10].

Ce tropisme du personnel politique, consistant à critiquer la légitimité du Conseil constitutionnel pour en contester les décisions, notamment au moyen de l'argument épouvantail du « gouvernement des juges »[11], n'est donc pas nouveau. Cependant, cette démarche est particulièrement significative dans la mesure où des réformes constitutionnelles sont envisagées afin de réduire l'autorité des décisions du Conseil. Un aperçu d'une telle réforme a été livré en 2018 par un amendement au projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace[12]. Cet amendement visait à permettre le maintien en vigueur d'une disposition déclarée inconstitutionnelle par le Conseil au moyen d'une « loi de confirmation » adoptée par les trois cinquièmes des députés et les trois cinquièmes des sénateurs. Même si cette proposition n'a pas abouti du fait d'un retrait avant séance, le dépôt d'un tel amendement démontre à quel point il semble exister au sein du pouvoir législatif une volonté de limiter significativement les pouvoirs du Conseil. À la marge, d'autres projets ont également été présentés afin de diminuer drastiquement ses normes de références[13], et ainsi sa capacité à protéger efficacement les droits et libertés.

Le Conseil constitutionnel se trouve alors dans une posture délicate au sein du paysage institutionnel français, pris entre deux feux : doit-il, pour préserver son image, faire preuve d'une grande prudence dans l'élaboration de sa politique jurisprudentielle, quitte à opérer un contrôle plus indulgent à l'égard des pouvoirs publics ? Ou au contraire, doit-il adopter une approche volontariste vers une protection plus forte des droits et libertés, ainsi que vers la garantie d'un strict respect de la lettre de la Constitution par les pouvoirs législatif et exécutif ?

L'autolimitation de l'organe chargé du contrôle de constitutionnalité est essentielle, car elle est à la fois la garantie de sa légitimité, de l'autorité de ses décisions et de la séparation des pouvoirs, exigence de l'État de droit. Cependant, l'autolimitation ne doit pas aboutir à tuer dans

[5] Cons. Const., 29 déc. 2009, n°2009-599 DC, *Loi de finances pour 2010.*
[6] Propos recueillis par Sophie Landrin pour *Le Monde*, 12 janvier 2010.
[7] Cons. Const., 13 août 1993, n°93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.*
[8] Propos recueillis pour *Les Echos*, le 17 août 1993.
[9] JOAN, 2e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5014, cité par J.-S. Boda, « Un vent de fronde contre le contrôle de constitutionnalité des lois. », *Juspoliticum*, n°31, 2024, p.167-192.
[10] JORF, Débats parlementaires, Sénat, p. 4288, cité par J.-S. Boda, *ibid*.
[11] E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, 1986.
[12] Amendement n°1510 déposé le 5 juillet 2018 par Guillaume Larrive et Éric Ciotti.
[13] Programme du Front national, 2003 : « Proposition n° 5 : Préciser le rôle du Conseil constitutionnel. (…) Son rôle sera donc limité au contrôle de la conformité des lois à la lettre des articles de la constitution. » ; J.-S. Boda, *ibid*. V. notamment « II. B. Un projet isolé : la remise en cause du bloc de constitutionnalité »).

l'œuf tout volontarisme dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, permettant de garantir l'entier respect des droits et libertés contre le fait majoritaire et les dérives de l'État. Ainsi, l'autolimitation a fortement imprégné la jurisprudence du Conseil (I), ce qui a pu le conduire à faire preuve d'une indulgence parfois critiquable à l'égard des pouvoirs publics (II).

I – La démarche d'autolimitation du Conseil constitutionnel, mise en œuvre de l'État de droit

La construction de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel s'est inscrite dans le contexte d'une extension progressive de ses pouvoirs, résultant du développement prolifique de ses normes de références[14], de ses modalités de saisine et du champ de son contrôle[15]. C'est pourquoi, à l'occasion d'une décision du 15 janvier 1975, il fait recours pour la première fois à la formule emblématique de son autolimitation : « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur ». Cette formule, que le Conseil utilisera à 149 reprises entre 1975 et 2020 dans pas moins de 9 % de ses décisions rendues sur le fondement des articles 61 et 61-1 de la Constitution[16], démontre à quel point le périmètre de son contrôle occupe une place fondamentale dans ses préoccupations. Surtout, cette répétition constante traduit un discours performatif : cette formule est un symbole rhétorique visant à démontrer la volonté du Conseil de ne pas empiéter sur le domaine de compétence du législateur, et de différencier son champ d'action de ce dernier, opérant une déférence stratégique. Elle est alors « brandie comme un drapeau blanc à destination du Parlement, du pouvoir constituant, et plus généralement du public, pris à témoin »[17].

En parallèle, la doctrine identifie un certain « réalisme du Conseil constitutionnel », par lequel il « s'attache, dans chaque cas concret, à réaliser une pondération entre la garantie des principes constitutionnels et le respect des prérogatives du Parlement »[18]. Ainsi, le Conseil refuse catégoriquement de contrôler l'opportunité de l'action du législateur et la pertinence de l'objectif qu'il poursuit, se contentant d'écarter sa compétence pour étudier de telles considérations. À titre d'exemple, il a pu refuser de censurer la façon dont le Parlement souhaitait lutter contre la prostitution, en l'espèce s'agissant de la pénalisation des clients[19]. Il a également pu refuser de « substituer son appréciation à celle du législateur sur les moyens par lesquels le législateur entend mettre en œuvre le droit de chacun de vivre dans un environnement

[14] V. notamment Cons. Const., 17 juil. 1971, 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des art. 5 et 8 de la loi du 1er juillet1901 relative au contrat d'association* ; Cons Const., 27 juil. 1994, 94-343 DC, *Loi relative au respect du corps humain* ; Cons. Const., 6 juil. 2018, 717/718 QPC, *Cédric H.*

[15] V. notamment : Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution ; Loi constitutionnelle n°2008-724 de modernisation des institutions de la Ve République du 23 juillet 2008.

[16] M. Talon, « Le CC ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », *Revue du droit public*, n°1, janv. 2020, p.137.

[17] *Ibid.*

[18] D. Ribes, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007.

[19] Cons. Const., 1er février 2019, n°2018-761 QPC, *Association Médecins du Monde et autres.*

équilibré et respectueux de la santé ainsi que le principe de prévention des atteintes à l'environnement »[20].

Dans une même dynamique, le Conseil constitutionnel se limite au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation s'agissant de certaines questions qui lui sont posées : les questions de société[21], ne souhaitant pas « paraître préempter un débat politique qui relève de la compétence du Parlement »[22], et les questions techniques ou scientifiques[23]. En 2018, la décision relative à une question prioritaire de constitutionnalité concernant la procédure d'expropriation pour risques naturels majeurs en cas d'érosion dunaire[24] illustre parfaitement cette jurisprudence constante. Elle est l'occasion pour le Conseil de limiter son propre contrôle, à la fois du fait d'une question technique et scientifique (notion de mouvement de terrain, de submersion marine et d'érosion côtière) et du fait d'un débat de société[25].

Le constat est donc clair, le Conseil constitutionnel s'autolimite.

Cependant, à trop limiter l'exercice de son contrôle, le Conseil constitutionnel ne risque-t-il pas de ne plus pouvoir suffisamment protéger les droits et libertés et le respect des règles procédurales inscrites dans la Constitution, et ainsi l'État de droit ?

II - L'autolimitation, un obstacle au volontarisme juridictionnel

Malgré les différentes évolutions du contrôle de constitutionnalité, permettant une extension significative de ses prérogatives, il semble que le Conseil n'ait pas encore réussi à s'émanciper de sa raison d'être initiale, pensée par Michel Debré comme étant celle d'un « chien de garde de l'exécutif ». Samy Benzina conçoit cette idée à travers une forme de « déterminisme constitutionnel », ne permettant pas de « concevoir une interprétation de la Constitution de nature à limiter les prérogatives ou les marges de manœuvre de l'exécutif »[26]. Cela est particulièrement perceptible en observant l'affaiblissement du grief d'inconstitutionnalité concernant le détournement de procédure[27], constaté à nouveau par Samy Benzina à l'occasion de l'examen du projet de loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023. Cela semble traduire une « tendance structurelle du Conseil constitutionnel (…) qui consiste à faire prévaloir l'efficacité de l'action publique, donc sa finalité, sur la protection des règles constitutionnelles, en particulier lorsqu'il s'agit de règles

[20] Cons. Const., 23 novembre 2012, n°2012-282 QPC, *Association France Nature environnement et autres*

[21] B. Mathieu, « Conseil constitutionnel – Les « questions de société » échappent au contrôle de constitutionnalité », *La Semaine Juridique Edition générale*, n°22, 27 mai 2013.

[22] J.-F. de Montglfier, « La QPC et le droit de la famille au CC », *AJ fam*., 2012, p.578.

[23] M. Altwegg-Boussac, « La "nature" de l''appréciation du Parlement selon le Conseil constitutionnel : la société, la science, *et cetera* », *La Revue des droits de l'homme,* n°20, 2021

[24] Cons. Const., 6 avril 2018, n°2018-698 QPC, *Syndicat secondaire Le Signal*

[25] Voir le commentaire officiel de cette décision, dans lequel est précisé que la « question de l'extension d'une procédure d'expropriation prévue pour certains risques naturels (…) dont l'ampleur n'est aujourd'hui pas connue, peut relever d'un débat de société »

[26] S. Benzina « Une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité : les décisions sur la réforme des retraites », *Jus Politicum*, n° 30, 2023, p.27.

[27] V. Goesel-Le Bihan, « Les griefs d'inconstitutionnalité dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel : entre objectivation, rationalisation et européanisation », *RFDA,* 2016/6, p.1251.

procédurales »[28], particulièrement observables en temps de crise, notamment sanitaire. De façon générale, l'exercice du contrôle de constitutionnalité par le Conseil fait l'objet de vives critiques dans toute la diversité des sujets qu'il traite. Un certain nombre de ses décisions ont en ce sens été jugées décevantes par la doctrine, en tant qu'elles n'épuisaient pas sa compétence, souvent au prétexte d'un refus de se substituer à l'autorité du législateur[29], avec des raisonnements juridiques jugés expéditifs[30] ou des décisions faiblement motivées[31].

Pourtant, des bases doctrinales et institutionnelles solides viennent soutenir ce contrôle. Il est de jurisprudence constante que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » et, comme le précisait Robert Badinter en 1993, « quand les parlementaires de la majorité dénoncent le gouvernement des juges à propos d'une décision censurant une loi votée par elle, ils négligent le fait essentiel que ce sont d'autres parlementaires qui ont saisi le Conseil constitutionnel aux fins de voir prononcer cette inconstitutionnalité ». De même, l'existence d'un juge de la constitutionnalité des lois, capable de contrarier la volonté de la majorité parlementaire et de l'exécutif a largement été théorisé. Dominique Rousseau souligne notamment l'idée selon laquelle le juge constitutionnel est l'un des acteurs contribuant à la formation de la volonté générale, « sur la base de l'attachement proclamé solennellement par le peuple aux droits de l'homme », introduisant « une temporalité longue dans la construction de la loi », qui permet la création d'une « distance avec l'immédiateté, avec la rapidité, avec l'émotion »[32].

Dans un contexte de séduction par l'illibéralisme des démocraties occidentales, un renforcement du contrôle de constitutionnalité paraît nécessaire. Cependant, ce dernier ne peut advenir sans une dynamique ambitieuse quant à la légitimité du Conseil. Un travail sur la composition du Conseil constitutionnel pourrait permettre ce renforcement, d'autant qu'il s'agit de l'une des principales critiques formulées à l'égard de l'institution[33]. Dans cette perspective, la question des critères de nomination des membres du Conseil a de nombreuses fois été posée. Ces critères pourraient être trouvés dans l'évaluation de la technicité juridique des candidats, permettant au citoyen d'avoir « une confiance totale dans la qualité et les motivations des décisions de la justice constitutionnelle »[34]. Une autre piste intéressante est celle de la publicité des « critères de compétence juridique et de connaissances juridiques approfondies des

[28] S. Benzina, « Une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité : les décisions sur la réforme des retraites », *Jus Politicum*, n° 30, 2023, *op. cit.*, p.27.
[29] V. notamment P. Michel, Commentaire de la décision Cons. Const., 8 juillet 2022, Association GIAPS, (n°2022-1003 QPC), *Revue française de droit constitutionnel*, n°133, 2023, p.181.
[30] M. Fatin-Rouge Stefanini, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, n°54, 2003 (sur la décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République) ; R. Parizot, « La jurisprudence constitutionnelle sur l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle », *Titre VII*, n° 7, 2021 ; B. De Lamy, « France », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 3, 2015.
[31] D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus politicum*, n°7, 2012.
[32] D. Rousseau, « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom », *Jus politicum*, n°7 ; 2012.
[33] Voir notamment : P. Wachsmann « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5 ; R. Espinosa, « L'indépendance du Conseil constitutionnel français en question ». *Les Cahiers de la Justice*, 4, 2015 ; L. Fontaine, « Choix des juges constitutionnels : la mauvaise exception française », *Libération*, 25 février 2022 ; X. Magnon, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une Cour constitutionnelle », *RFDC*, n°100, 2014.
[34] W. Mastor, « Rénover la Gauche : Le Conseil constitutionnel doit être réformé », Tribune dans *Le Monde*, 2017.

personnes proposées par les autorités de nomination », dont l'effectivité serait vérifiée par une audition des candidats proposés par « un organe indépendant des pouvoirs législatif et exécutif »[35].

Cependant, il semble que ces changements n'aient pas lieu dans l'immédiat, pour diverses raisons identifiées par une partie de la doctrine comme tenant principalement à la « fabrication politique de sa dépendance »[36], et à des « atteintes récurrentes au principe de l'impartialité de la juridiction »[37]. Denis Baranger et Olivier Beaud estiment même qu'il « n'y a guère d'espoir que le juge de la rue de Montpensier fonctionne un jour comme un contre-pouvoir utile et légitime »[38]. Pour autant, de nombreuses propositions ont été faites par les constitutionnalistes, et il appartient aux acteurs du débat public de se les approprier afin de permettre le déploiement d'un contrôle de constitutionnalité efficace, pertinent et dont la légitimité est largement reconnue.

[35] J. Andriantsimbazovina, J.-P. Massias, X. Philippe, D. Rousseau et autres, « Les droits des justiciables méritent un Conseil constitutionnel à l'abri de toutes sortes d'influences », Tribune dans *Le Monde*, 2022.
[36] L. Fontaine, *La Constitution maltraitée. Anatomie du Conseil constitutionnel*, Editions Amsterdam, 2023.
[37] Amicus Curiae des Professeurs Thomas Perroud, Dominique Rousseau et Lauréline Fontaine dans l'affaire ACCC/C/2022/197 devant le Comité d'examen du respect de la Convention d'Aarhus.
[38] D. Baranger, O. Beaud, « Ce que la réforme des retraites nous enseigne sur le droit constitutionnel de la Ve République », *Juspoliticum*, n°30, juillet 2023.

Chapitre 4

Parlement &

La commission mixte paritaire, une « institution originale » à l'épreuve de sa pratique

Culture de constitutionnalité et processus législatif

LA CMP, UNE « INSTITUTION ORIGINALE »[1] A L'EPREUVE DE SA PRATIQUE

Paul LAVILLE

Les expressions ne manquent pas lorsqu'il s'agit de décrire cet outil parlementaire de commission mixte paritaire. Auteur sur le sujet, l'ancien sénateur de la Seine-et-Marne et Président de la commission des lois Jean-Jacques Hyest la dépeint comme un « lieu mystérieux de pouvoir »[2], pour Michel Debré elle constitue un « acte de collaboration » au sein du Parlement ou elle est fantasmée comme « zone de non-droit parlementaire » selon des termes entendus dans les couloirs du Palais du Luxembourg. Si l'obscurité dans laquelle elle a lieu peut animer certaines imaginations, la CMP n'en est pas moins un mécanisme de rationalisation du parlementarisme. Quand bien même elle constitue sans doute « un rare espace de liberté du Parlement »[3], la commission mixte paritaire s'inscrit, in fine, dans l'attrition du rôle du Parlement dans l'élaboration des lois instauré en 1958.

La commission mixte paritaire est un organe parlementaire institué par l'article 45 de la Constitution afin de solutionner des situations de blocages dans la navette parlementaire avant de demander, en cas d'échec ou de rejet de ses conclusions, à l'Assemblée nationale de se prononcer en dernier ressort. Si 70% des textes législatifs sont adoptés en termes identiques par les assemblées, 20% le sont à l'issue d'une CMP conclusive, 10% par le « dernier mot »[4] donné à l'Assemblée nationale[5].

Elle peut être convoquée par le Premier ministre pour tout projet ou proposition de loi, ou par décision conjointe des présidents des assemblées pour les propositions de loi – à l'issue de deux lectures par chacune des chambres, ou une seule lecture dans le cas où la procédure accélérée aurait été déclenchée par le Gouvernement. La CMP regroupe, sur la base d'un accord entre les chambres, 7 députés et 7 sénateurs, dont les règles de nominations sont fixées par les règlements des assemblées[6]. Des suppléants sont également nommés et appelés à voter dans l'hypothèse où cela serait rendu nécessaire au maintien de la parité entre les chambres, ils

[1] J-J. Hyest, « La CMP, lieu mystérieux de pouvoir » *Pouvoirs*, n°146, 2013, p.83.
[2] *Ibid.*
[3] G. Bergougnous « L'ordre du jour partagé et les nouveaux rythmes du travail législatif », *Le nouveau règlement de l'assemblée nationale*, Dalloz, 2010, p.1108.
[4] Bien qu'elle manque de rigueur, l'expression « dernier mot » s'est imposé sur les termes de « dernière lecture » disposés à l'article 46 de la Constitution, aussi bien dans les articles de presse que dans la littérature scientifique. Il en sera fait usage ainsi dans cet article.
[5] La commission mixte paritaire, Site internet du Sénat.
[6] Décision n° 68-36 DC du 6 juin 1968 : les règlements des assemblées précisent les règles de nominations. Elles sont disposées aux articles 110 et s. du règlement de l'Assemblée nationale et aux articles 8 quater et 9 al. 2 du règlement du Sénat.

peuvent également participer aux débats. L'égale répartition des sièges entre les majorités de chaque chambre, et les oppositions fait l'objet d'un « code de bonne conduite »[7] conventionnel, depuis 1981, qui prévoyait jusqu'à 2009, 5 parlementaires de la majorité et 2 issus des oppositions, pour aujourd'hui leur concéder 3 sièges et donc en conserver 4 pour les majorités[8]. La CMP se réunit alternativement au Palais Bourbon ou au Palais du Luxembourg, ce qui implique l'application du règlement de l'une ou l'autre chambre et la présidence de la CMP par le président de la commission saisie au fond de la chambre dans laquelle elle se déroule. Si la pratique du « pot » de fin de réunion s'est tarie depuis 2008, celle de la réunion préparatoire entre les présidents des commissions saisies au fond, les rapporteurs et des administrateurs de chaque chambre s'est maintenue depuis la fin des années 1980 [9]. Les règles de débat et de délibération ne sont pas codifiées, à l'exception de la règle de l'entonnoir, dont l'application en CMP a été plusieurs fois sanctuarisée par le Conseil Constitutionnel[10], le principe étant de travailler sur les « dispositions restant en discussion » (Article 45C).

Si les parlementaires trouvent un accord, alors la CMP est dite conclusive, et le Gouvernement peut mettre ses conclusions à l'ordre du jour des assemblées pour qu'elles soient votées par chaque chambre ; le droit d'amendement des parlementaires est alors très limité (voir *infra*). Dans le cas d'une CMP non conclusive, alors s'ouvre la possibilité d'un dernier mot de l'Assemblée nationale demandé par le Gouvernement, après une nouvelle lecture par les deux assemblées.

Les développements qui vont suivre s'attacheront à étudier les failles de la procédure et de la pratique de la CMP, comme outil destiné à consacrer le rôle du Parlement dans l'élaboration de la loi. Si l'aspect démocratique est en lien direct avec l'exercice du parlementarisme, la question mérite quelques observations liminaires à défaut d'y consacrer une partie des développements.

Le défaut démocratique le plus visible de la CMP réside certainement dans le huis clos qui couvre ce qu'il s'y conduit. En effet, la publicité des travaux parlementaires se révèle être un puissant levier pour susciter l'intérêt ou l'adhésion des citoyens aux lois qui sont votées. La retranscription vidéo est à ce titre le moyen courant pour ouvrir au plus grand nombre les débats qui animent le Parlement, c'est un outil de rapprochement des citoyens et du Parlement en charge de « vouloir pour la nation »[11]. L'exigence constitutionnelle de clarté et de sincérité du débat parlementaire s'applique également aux commissions permanentes ou spéciales, imposant des comptes rendus précis des interventions, des motifs des modifications proposées

[7] Chroniques constitutionnelles française, *Pouvoirs n°20*, 1982, p.180.

[8] J-J Hyest, *op. cit*., p. 86 : la répartition des sièges des sièges en 2024 est la suivante : à l'Assemblée Nationale, lamajorité est de 3 RE, 1 DEM et l'opposition est constituée de 1 LR, 1 RN, 1 LFI. Au Sénat, la majorité est de 3 LR, 1 UC et l'opposition de 2 PS et 1 RDPI (groupe gouvernemental).

[9] J-L. Hérin, « La commission mixte paritaire : le « kairos » du dialogue bicaméral », *Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Dalloz, 1ère édition, 2020 : le pot aurait-été, selon l'auteur, abandonné pour des raisons budgétaires mais aussi en raison des horaires de plus en plus fluctuantes des fins de réunion.

[10] Chroniques constitutionnelles française, *Pouvoirs n°112*, 2005 p.188 : la revue mentionne la décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998 qui censure des dispositions nouvelles introduites par la CMP et la décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004 qui censure le projet de loi sur le même motif alors que les dispositions introduites figuraient dans un projet de loi déposé mais non inscrit à l'ordre du jour.

[11] B. Jean ; P. Brunet, « Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État », *Annales historiques de la Révolution française*, 2005. p.195-197.

et des votes depuis 2009[12] . Si la diffusion en direct des travaux des commissions est devenue le principe à l'Assemblée nationale à la suite de la réforme du Règlement du 28 novembre 2014, le Sénat a conservé la non-diffusion comme règle. Dans tous les cas, les comptes rendus détaillés sont publiés sur les sites internet des assemblées. En CMP, c'est la pratique sénatoriale qui prime pour l'heure, il est ainsi impossible de suivre les débats en direct. Si l'on peut présumer la sincérité des comptes rendus, en comptant notamment sur la vigilance des parlementaires présents lors de la réunion, ce voile pudique posé sur les débats peut être source de méfiance pour le citoyen, méfiance qui ne fait que grandir à mesure que sa connaissance des rouages du Parlement est faible. Le huis clos des CMP demeure un argument qui abime la légitimité de ses travaux et qui est mis en exergue à volonté par les oppositions[13] (parfois les moins enclines à co-construire par ailleurs). Plus que priver les citoyens de l'information, l'absence de publicité nourrit un imaginaire (parfois justifié, voir infra) dans lequel les parlementaires seraient dépossédés de leur capacité de délibération au profit d'un Gouvernement pilotant sa majorité à distance. La réalité transcrite par les comptes rendus, publiés quelques heures (voire quelques jours) après la fin des débats, échappe au rythme médiatique et ne peut suffire à freiner cette image.

Ainsi, les règles de publicité de la CMP s'accommodent mal de l'importance de ses travaux dans le travail législatif, ce qui constitue indéniablement une fragilité démocratique de cette institution. Toutefois, les arguments motivants le maintien du huis clos des délibérations soulignent qu'il permet une liberté de parole et d'opinion bénéfique à l'élaboration d'un consensus, quand les séances retransmises en direct seraient un frein à la tenue d'un débat franc. L'absence de publicité permettrait d'éviter les pressions extérieures ou les postures politiques. Toutefois, d'une part, la publicité des comptes rendus maintient déjà une certaine pression sur les intervenants quant aux conséquences de leur propos sur l'opinion, à moins d'admettre que cette modalité de publicité (moins consultée) permet de cultiver un certain secret. D'autre part, il semble que le citoyen pourrait s'inquiéter de savoir que les débats en séance publique sont entachés de quelques pressions ou postures parce qu'ils sont retranscrits.

La poursuite de la réflexion nous conduit à examiner dans quelle mesure la CMP est au service de l'élaboration parlementaire (faillible) d'un consensus (I) et qu'elle n'empêche pas une présence gouvernementale qui tend à être omnipotente (II).

I - Un outil au service du Parlementarisme bicaméral ?

Il y a lieu ici de passer rapidement sur les prérogatives parlementaires dans la procédure de la CMP. D'abord, sur l'engagement de la procédure accélérée qui emporte des conséquences

[12] Décision n°2009-581 DC du 25 juin 2009, §10.

[13] Chroniques constitutionnelles française, *Pouvoirs n°186*, 2023 p.158 : lors de la CMP du 15 mars 2023 sur le PLFSSR portant réforme des retraites, dans un contexte social particulièrement tendu, alors que tous les regards étaient tournés vers la commission, la Présidente de l'AN a refusé de permettre la transcription publique. Les quatre députés de gauche, siégeant au sein de la CMP, avait alors retranscrit une partie des débats au moyen de leur téléphone portable sur les réseaux sociaux. La présidente de la CMP, Fadhila Khattabi avait réagi le jour même, indiquant – au moyen d'un argument implacable – que ces réunions se sont toujours déroulées à huis clos depuis 1958. Les députés concernés ont été sanctionnés d'un rappel à l'ordre pour ces faits.

non négligeables pour la commission mixte paritaire, l'introduction par la réforme constitutionnelle de 2008 de la possibilité d'une action conjointe des conférences des présidents de chaque assemblée pour s'opposer à cet engagement est très hypothétique. Si le comité Balladur avait pu proposer d'introduire un veto parlementaire voté en séance par l'ensemble des parlementaires[14], il a été préféré une procédure plus confidentielle. Alors député, François De Rugy dénonçait une « supercherie »[15]. Depuis 2008, jamais cette opposition n'a abouti. Ce semblant de prérogative donnée aux assemblées se constate également dans la procédure de convocation de la CMP. La possibilité d'une convocation conjointe par les deux présidents des assemblées d'une CMP sur une proposition de loi a été ouverte en 2008[16]. Mais dans l'une comme l'autre des procédures, la majorité gouvernementale pouvant y faire échec, elles ne constituent pas un réel droit pour la Chambre haute ou pour les oppositions. À cet égard, on peut noter qu'à l'occasion des débats sur la réforme constitutionnelle de 2008, Jean-Jacques Hyest, alors sénateur, s'était opposé à l'initiative unilatérale de convocation d'une CMP, craignant qu'une telle initiative sénatoriale ne permette au Gouvernement de demander le dernier mot de l'Assemblée nationale après qu'une majorité gouvernementale n'ait fait échouer la recherche de consensus[17].

Dans tous les cas, de tels mécanismes ne peuvent qu'être ouverts à une minorité parlementaire pour qu'ils puissent s'exercer pleinement, c'est-à-dire, parfois contre la volonté du Gouvernement. Il est nécessaire d'accorder au Parlement la possibilité de se saisir pleinement de cet outil de délibération.

Sans doute, la commission mixte paritaire est un outil du bicamérisme, mais son champ d'action est limité par « l'entonnoir » et dépend grandement de la réalité du mandat reçu par les commissaires nommés.

L'hypothèse d'un dernier mot donné aux députés a toujours pesé comme une épée de Damoclès sur les travaux du Sénat dans l'élaboration de la loi, et la CMP est indéniablement une des dernières opportunités offertes à la chambre haute de faire valoir son opinion. Le commissaire du Gouvernement Raymond Janot dépeignait une procédure « pour aboutir à une solution qui garantisse à la fois le dernier mot à l'Assemblée nationale et une audience certaine et efficace du Sénat »[18]. En ce sens, à partir de 1981, les sénateurs préféraient interpréter la procédure de la CMP comme une obligation d'examiner tous les articles restant en discussion sur un texte. Ne pas s'arrêter au premier désaccord permet de rechercher le maximum de consensus même partiels, arguant que c'est l'essence même de la CMP. Toutefois, dans sa décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, le Conseil Constitutionnel a considéré qu'un désaccord sur une seule des dispositions faisait échec à ce qu'elle parvienne à « l'adoption d'un

[14] Proposition n°24, *Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, p.37.
[15] E. Lemaire, « La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire », *JusPoliticum Blog*, 2017.
[16] Chroniques constitutionnelles française, *Pouvoirs n°132*, 2010, p.190 : une CMP d'initiative parlementaire semble n'être arrivée qu'une seule fois, le 29 septembre 2009.
[17] J-J. Hyest, Sénat, *Compte rendu intégral de séance du 23 juin 2008*, p.3276.
[18] « L'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958 », *La Documentation française*, 1988, p.72.

texte commun » (conformément à la lettre de l'article 45 C) et « que son échec peut être alors constaté pour l'ensemble des dispositions restant en discussion ».

La lettre de la Constitution, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel, fait bien de la CMP une institution de législation « négative », seulement chargée de défaire les nœuds qui résistent aux premières ou (encore plus finement) aux deuxièmes lectures. En effet, depuis sa décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998, le principe de l'entonnoir est strictement interprété et conduit à la censure de dispositions nouvelles adjointes au stade de la CMP : « Les seuls amendements susceptibles d'être adoptés à ce stade de la procédure doivent soit être en relation directe avec une disposition du texte en discussion, soit être dictés par la nécessité d'assurer une coordination avec d'autres textes en cours d'examen au Parlement ».

Le dernier élément de nuance pour cet outil au service du parlementarisme se trouve dans l'état des désaccords que la CMP doit régler, alors que la procédure accélérée est devenue la norme, du vœu même du Président Macron alors candidat[19]. La CMP est donc le plus souvent convoquée après les premières lectures devant l'Assemblée nationale et le Sénat, majoritairement dans cet ordre-là. Ainsi, les parlementaires de la première assemblée saisie ne se sont pas prononcés sur les modifications apportées par la deuxième lorsque la CMP est convoquée. Cette constatation est dommageable au moins sur deux points.

D'une part, ce procédé empêche de fait un dialogue entre les assemblées, la navette devient un aller simple et fait obstacle à ce que les divergences se cristallisent sur ce qui fait (vraiment) dissensus, conduisant à ce que des désaccords « mous » arrivent sur la table de la CMP. De plus, cela implique qu'il faille reprendre davantage de dispositions au stade de la conciliation. Une deuxième lecture permettant souvent à davantage de dispositions d'être adoptées en des termes identiques.

D'autre part, ce phénomène jette le flou sur le mandat donné aux commissaires par l'assemblée saisie en première. Les sept commissaires sont, de fait, empêchés dans leur capacité de négociation et de délibération, ne connaissant pas réellement quels seraient les avis sur des dispositions nouvellement intégrées par la deuxième chambre.

La CMP, véritable outil du bicamérisme à l'issue de la navette parlementaire, est réduit, sous l'effet d'une interprétation stricte de l'entonnoir et de l'abus de la procédure accélérée, à une instance incapable d'augmenter un texte pour sortir du blocage et s'appliquer à travailler seulement, mais (dans leur entièreté) sur les points précis de désaccords. Cela laisse ainsi toute la place au Gouvernement qui jouit en propre, d'un rôle avant et après la CMP, mais également pendant.

II – Un Gouvernement hors des murs mais toujours présent

Il semblerait que la présence du pouvoir gouvernemental dans l'élaboration des lois soit un réflexe pavlovien de notre droit parlementaire. Sous l'effet conjugué des règles procédurales

[19] E. Lemaire, « La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire », *Jus Politicum Blog*, 2017.

et du fait majoritaire, le Gouvernement trouve un rôle prépondérant au sein d'une institution dont il est pourtant exclu.

S'il n'y a pas lieu de revenir sur la faiblesse de l'initiative parlementaire de la convocation d'une CMP, il est intéressant de se pencher sur le rôle du Gouvernement dans l'un des maux de cette institution : la procédure accélérée. Prévue par l'article 45C, la procédure accélérée est déclenchée, par le Premier ministre, à tout moment de la procédure législative[20], sans nécessité de justifier son engagement[21]. Anciennement procédure « d'urgence », elle permet de raccourcir le temps législatif en se passant des délais prescrits par l'article 42C al. 3 et en permettant la convocation d'une CMP à partir d'une seule lecture du texte par les deux chambres. La procédure accélérée augmente ainsi la rapidité de l'élaboration de la loi, rarement sa qualité. Au-delà des conséquences sur la CMP, ce rôle s'inscrit dans le parlementarisme rationalisé mais contraint encore les parlementaires à se plier à des délais qui pourraient sembler porter atteinte à l'exigence de clarté et de sincérité des débats parlementaires ou au droit d'amendement[22].

En aval de la CMP, le rôle du Gouvernement reprend de l'ampleur. Si elle est conclusive, le Gouvernement peut inscrire ses conclusions à l'ordre du jour des assemblées. À ce stade « aucun amendement n'est recevable sauf accord du Gouvernement » (article 45C), ainsi, le gouvernement peut reprendre le contrôle sur le texte s'il y a eu « dénaturation de ses intentions par la CMP »[23]. La marge de manœuvre des assemblées est menue, « la réduction de leur pouvoir d'amendement est logique, puisqu'il s'agit de conclure »[24]. Ce moyen du gouvernement peut lui permettre de modifier tout ou partie du texte (sous réserve des limites posées par la décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998). Le gouvernement peut également proposer un amendement pour revenir à la rédaction antérieure à la CMP, comme il l'a fait durant la crise sanitaire. Ainsi, il ne semble pas soumis en pratique à la « sacralisation » des conclusions de la CMP. En définitive, le Gouvernement retrouve tous ses habitus de maitre de la législation au sortir de la commission.

Enfin, le Gouvernement tend à imposer son influence au sein des commissions mixtes paritaires alors même qu'elles sont l'unique stade de la procédure législative dont il est exclu. À ce titre, sans l'ériger comme standard de la pratique de la CMP, l'épisode de l'examen du projet de loi n°304 (2022-2023) pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration est un pertinent objet d'étude pour révéler le dévoiement de la procédure. Dans ce contexte, le Gouvernement se voit dans l'obligation de trouver un accord avec Les Républicains pour que le projet puisse être adopté au sein des deux chambres. À la suite de l'adoption d'un texte très

[20] Décision n° 2009-582 DC du 25 juin 2009 : « dès lors que les deux conférences des présidents sont en mesure, avant le début de l'examen du texte en première lecture, d'exercer la prérogative que leur reconnait l'article 45 ».
[21] Décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012 : « aucune disposition constitutionnelle n'impose au Gouvernement de justifier l'engagement de la procédure accélérée. ».
[22] Décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017 : le Conseil constitutionnel a déjà considéré qu'un délai d'environ 2 jours ouvrés pour examiner et amender un projet de loi ne faisait pas obstacle à l'exercice effectif du droit d'amendement - Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024 : la décision du Conseil sur la loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, dont les conclusions de la CMP rendues le 20 décembre 2023 à 16h ont été votées à 19h au Sénat et à 21h à l'Assemblée nationale, ne nous a pas donné davantage de précision quant à l'appréciation de délais trop brefs. Il semblerait que ce grief n'a pas été soulevé par les autorités de saisine.
[23] G. Carcassonne, *La Constitution*, 11e édition., Paris, Seuil, 2013, p. 221.
[24] P. Avril ; J. Gicquel ; J-E Gicquel, *op. cit.*

amendé au Sénat, et à l'adoption d'une motion de rejet par l'Assemblée nationale, le Gouvernement décide tout de même de convoquer une CMP. Si la convocation affichait la réunion au 18 décembre à 17h, il semblerait que la réalité des négociations ait commencé bien en avant, entre les cadres des Républicains et le Gouvernement, sans la présence des autres oppositions, au cours de plusieurs réunions informelles. De plus, quelques minutes après le début de la réunion de la CMP, présidée par le Président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, Sacha Houlié, une suspension est demandée par Les Républicains, insatisfaits des équilibres présentés. La fin des négociations se fera à Matignon, lors de cette suspension.

Si l'épisode n'est pas représentatif, il est au moins un indice du possible dévoiement de la CMP au profit d'une délibération secrète et excluant les oppositions. La CMP, se tenant à l'écart du Gouvernement et d'une discipline majoritaire qui est sans faille dans l'hémicycle, peut être le lieu d'un consensus. Que ce soit lors d'une réunion préalable du « carré d'as »[25] ou lors d'une pré-CMP, régler l'issue du match avant de le jouer ne peut que conduire à la défiance des parlementaires et risquer d'accentuer les blocages de la navette.

Ainsi, malgré des volontés dans un sens contraire, le Gouvernement semble conserver un rôle et un pouvoir important au stade de la CMP. Si elle reste « un rare espace de liberté du Parlement », c'est sûrement (voire exclusivement) entre les murs de la salle de réunion dont les membres du Gouvernement sont exclus.

[25] J-L Hérin, *op. cit.* : pour parler des 4 personnages forts de la CMP : les présidents des commissions saisies au fond et les rapporteurs de chaque chambre.

CULTURE DE CONSTITUTIONNALITE ET PROCESSUS LEGISLATIF

Sébastien LOPEZ

« Des mesures sont manifestement et clairement contraires à la Constitution. Le travail du Conseil constitutionnel fera son office, mais la politique ce n'est pas être juriste avant les juristes ». Gerald Darmanin.

Dans un pays si longtemps dominé par le culte de la loi, il semble peu étonnant qu'une culture de constitutionnalité[1], entendue comme l'intériorisation des exigences constitutionnelles et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ait pris du temps à atteindre l'esprit des artisans de la fabrication de la loi. Les mots de Gerald Darmanin prononcés au Sénat le 19 décembre 2023, résonnent ainsi comme une remise en cause de l'affirmation selon laquelle une culture de constitutionnalité est pleinement consacrée dans le cadre d'élaboration de la loi. En développement depuis le début des années 1980, il est aujourd'hui difficilement contestable que la question de la constitutionnalité de la loi soit au cœur du débat parlementaire. Pour autant, la propagation d'une culture de constitutionnalité semble encore largement perfectible, comme le démontre l'intervention du ministre de l'Intérieur, afin de matérialiser la prescription selon laquelle « la loi n'est l'expression de la volonté générale que dans le respect de la constitution »[2]. Entre culture de constitutionnalité, crainte de la censure et instrumentalisation politique, la frontière semble ténue dans la mobilisation des outils constitutionnels, de sorte que la question se pose de déterminer dans quelle mesure la culture de constitutionnalité imprègne véritablement les acteurs du processus législatif.

La prise en compte de la matière constitutionnelle dans l'élaboration de la loi révèle la construction d'une culture de constitutionnalité contrainte par le développement de la justice constitutionnelle (I), mais aussi largement instrumentalisée à des fins politiques par les acteurs de l'élaboration de la loi (II).

[1] G. Carcassonne, « Le rôle du contrôle de constitutionnalité dans l'élaboration et le vote de la loi » *in Le Conseil constitutionnel a quarante ans*, LGDJ, 1999.
[2] Cons. const., n°85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* (§27).

I – La culture de constitutionnalité contrainte : la prise en compte du risque constitutionnel dans l'élaboration des lois

L'essor de la justice constitutionnelle a progressivement contraint les acteurs institutionnels à faire pénétrer dans leur logiciel de pensée une culture de constitutionalité. La prise en compte de ce risque constitutionnel conduit tant l'exécutif à développer une logique de prévention dans l'élaboration des projets de loi (A), que les parlementaires à prêter attention à la constitutionnalité des textes qui leur sont soumis (B).

A – La prise en compte du risque constitutionnel par l'exécutif : une crainte de la censure

Si comme l'affirme Jean-Louis Debré « respecter la constitution n'est pas un risque, mais un devoir »[3], il n'en demeure pas moins que la perspective d'une censure de la part du Conseil constitutionnel contraint depuis quelques décennies les différents gouvernements à tenir compte d'une forme de risque constitutionnel. La question de la constitutionnalité semble ainsi innerver l'ensemble du processus législatif, et ce dès l'élaboration des projets de loi en ministère. Le risque d'inconstitutionnalité est ainsi à anticiper et à, si ce n'est anéantir, du moins diminuer en amont du dépôt du projet de loi sur le bureau du Parlement. Michel Rocard invitait ainsi le gouvernement à « tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité »[4], Lionnel Jospin à veiller « dans l'élaboration des projets de loi, au strict respect de la Constitution et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel »[5] et Manuel Valls à anticiper et évaluer « le risque d'inconstitutionnalité »[6]. Le guide de légistique élaboré par le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement invite quant à lui les auteurs d'études d'impact à apporter un soin particulier « à la vérification de la conformité aux principes et règles supérieurs qu'ils soient constitutionnels, internationaux ou européens »[7].

L'ensemble de ces éléments induit la présence d'une certaine culture de constitutionnalité au stade de l'élaboration des textes. Pour autant il semblerait que la méfiance prenne le pas sur la culture. Moins qu'une conscience constitutionnelle, c'est véritablement la perspective d'une censure qui semble motiver l'exécutif. Le risque constitutionnel révèle toute la crainte et la contrainte du gouvernement à l'égard du contrôle de constitutionnalité de la loi. Crainte d'autant plus flagrante par les (désormais vaines du fait du contrôle *a posteriori*) tentatives d'échapper au contrôle du Conseil. En ce sens la position de Manuel Valls en novembre 2015 étaye cette hypothèse. À l'occasion des débats relatifs à la loi sur l'état d'urgence, le Premier ministre avait ainsi déclaré être « extrêmement dubitatif sur l'idée de saisir le Conseil constitutionnel », avant d'affirmer qu'il « y a toujours un risque à [le] saisir »[8]. Texte à consensus, pressé par une situation sécuritaire préoccupante, le Parlement a ainsi suivi

[3] J.-L. Debré, Vœux du Conseil constitutionnel au président de la République, 6 janvier 2014.
[4] Circulaire du 25 mai 1988 relative à la méthode de travail du gouvernement, 1. Respect de l'État de droit.
[5] Circulaire du 6 juin 1997 relative à l'organisation du travail gouvernemental, IV. L'élaboration des textes législatifs et réglementaires.
[6] Circulaire du 12 septembre 2014 relative à la méthode de travail du gouvernement.
[7] Guide de légistique, 3e édition mise à jour 2017, Premier ministre, Conseil d'État, p.21.
[8] M. Valls, débat au Sénat sur la révision de la loi sur l'état d'urgence, 20 novembre 2015.

la position de Matignon en ne soumettant pas un texte dont la nature même permettait légitimement de suggérer une éventuelle atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit[9]. Ce cas de figure permet de mettre en doute la pleine consécration d'une conscience constitutionnelle et par suite de l'avènement d'une culture de constitutionnalité.

B – La prise en compte du risque constitutionnel par le Parlement : une juridicisation des débats parlementaires

Le développement de la culture de constitutionnalité du législateur répond à un double enjeu. D'une part la crainte de la censure du Conseil et d'autre part l'affirmation de sa position dans le rapport de force institutionnel[10]. De ce fait, il semble aujourd'hui incontestable que la question de la constitutionnalité d'une disposition votée au parlement fasse partie intégrante des débats. L'argument constitutionnel (par la possibilité d'une saisine du Conseil) est ainsi devenu « un instrument normal de l'arsenal parlementaire »[11], et la saisine « une arme dans le prolongement des controverses en séance »[12]. Si la réflexion initiale de l'ouverture de la saisine aux parlementaires répondait à des considérations politiques[13], l'appropriation de l'arme constitutionnelle[14] a conduit au développement d'une certaine culture de constitutionnalité, si ce n'est une véritable culture juridique. La menace permanente d'une censure du juge constitutionnel incite ainsi les parlementaires à structurer leur argumentation politique en des termes juridiques, transformant les intérêts partisans en argumentation juridique[15] avec pour principale conséquence de juridiciser les débats. En ce sens, l'éternelle critique de la politisation du Conseil constitutionnel et de son contrôle a pour réciproque une « juridicisation du processus législatif »[16]. Une tendance qui semble d'autant plus se renforcer sous l'impulsion immédiate du Conseil constitutionnel.

L'illustration la plus marquante de cette impulsion donnée par le Conseil, réside sans doute dans sa position vis-à-vis des saisines blanches. La solution établie en 2011[17] visant à refuser l'examen de la loi dès lors que la saisine ne contient aucun grief d'inconstitutionnalité, incite et oblige les parlementaires à structurer juridiquement leurs arguments. La relative

[9] Le texte sera finalement examiné et déclaré conforme à la Constitution par le Conseil dans le cadre de la procédure *a posteriori* par la décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015.
[10] En ce sens, la déclaration en séance plénière du président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale du 11 décembre 2023 « le législateur s'affaiblit en attendant une censure quasi certaine ».
[11] P. Jan, J.-P. Roy, *Le conseil constitutionnel vu du Parlement*, Ellipses, 1997, p.17.
[12] A. Delcamp, « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2004/1 n°57, p.82.
[13] Valéry Giscard d'Estaing, *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, D. Maus ; A. Roux (dir.), Colloque et publication en hommage à Louis Favoreu, PUAM-Economica, Coll. Droit public positif, 2006, note 2, p.8.
[14] La mobilisation de la saisine parlementaire est parfois décrite comme une arme de l'opposition par les observateurs. V. en ce sens « Retraites : le PS dégaine l'arme constitutionnelle », le *Journal du dimanche* du 26 octobre 2010.
[15] B. François, « La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion », *Pouvoirs*, 2003/2, n°105 p.137.
[16] A. Sweet Stone, « Governing with judges », *Oxford University press*, 2000.
[17] Cons. const. 26 mai 2011, n°2011-630 DC, *Loi relative à l'organisation du championnat d'Europe de footballde l'UEFA en 2016.*

brièveté des délais de saisines[18] les conduit ainsi à anticiper l'élaboration de cette argumentation en amont du vote définitif de la loi, influençant de manière inéluctable les prises de position dans les débats.

Sans nécessairement se faire juriste avant les juristes, la menace d'une censure de la part du Conseil constitutionnel conduit les acteurs de la procédure législative à prendre en compte le risque constitutionnel. Pour autant, au-delà d'une culture de constitutionnalité plus ou moins contrainte, la mise en œuvre de la matière constitutionnelle dans l'élaboration de la loi révèle une certaine instrumentalisation à dessein politique, de sorte que la mobilisation de la menace constitutionnelle apparait comme un moyen de lutte politique.

II – La culture de constitutionnalité instrumentalisée : la constitution comme outil de lutte politique

Sans évoquer l'ensemble des dispositifs permettant d'établir les rapports de force institutionnels, le contrôle de constitutionnalité des lois, tel qu'instrumentalisé par les acteurs de la procédure législative se révèle être une arme à disposition tant de l'opposition (A) que de l'exécutif (B).

A – L'argument de l'inconstitutionnalité : Une arme à disposition de l'opposition

La Constitution offre depuis 1974[19] à son article 61 alinéa 2, un outil dont l'opposition parlementaire s'est largement saisie. Véritable arme institutionnelle, la saisine parlementaire est stratégiquement mobilisée par l'opposition selon Pascal Jan[20], qui identifie des pics statistiques correspondants en général à une nouvelle majorité à l'Assemblée nationale ou lors d'un changement de gouvernement. Devenue un « levier d'action politique habituel »[21], la mobilisation de la saisine du juge constitutionnel apparait désormais profondément ancrée dans la pratique parlementaire. L'instrumentalisation de la procédure *a priori* de contrôle de constitutionnalité par l'opposition conduit à « favoriser la tentation de compenser par la victoire constitutionnelle, l'infortune électorale »[22], quitte « à ce que ces victoires juridiques ne limitent leur propre marge de manœuvre une fois revenues au pouvoir »[23].

Au-delà du cas du contrôle de constitutionnalité des lois, l'argument constitutionnel occupe une place de choix dans la stratégie politique d'opposition. Pour autant, sa mobilisation, loin de révéler une pleine consécration d'une culture de constitutionnalité, conduit les parlementaires à invoquer l'argument constitutionnel comme un prétexte pour une finalité éminemment politique. Une des deux branches de la motion de rejet préalable pour l'Assemblée

[18] Avant la promulgation de la loi (article 61 al 2 de la Constitution), qui intervient dans un délai de 15 jours (article 10 de la Constitution).
[19] Loi constitutionnelle n°74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution
[20] P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, Thèse sous la direction de Jean Rossetto, 1997, note 1, p.415 et s.
[21] J. Benetti, « La saisine parlementaire », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2013 n°38.
[22] B. François, « La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion », *Pouvoirs*, 2003/2, n°105, *op. cit.*, p.136.
[23] J. Benetti, « La saisine parlementaire », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°38, janvier 2013 *op. cit.*

nationale[24] et l'exception d'irrecevabilité pour le Sénat[25], permette aux chambres de faire reconnaître que le texte examiné est contraire à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles. Si la motion de rejet préalable du 11 décembre 2023[26] se fonde sur la seconde branche du dispositif[27], le grief d'inconstitutionnalité étant quasiment absent du débat en amont du vote[28], les motions de 1978[29] et de 1998[30] se fondent quant à elles sur des arguments constitutionnels. Pour autant, même dans ces deux derniers cas, malgré quelques références au caractère inconstitutionnel du texte rejeté, il ressort des débats[31] que ce sont plus des considérations politiques que constitutionnelles qui ont conduit à l'adoption de ces motions. La mobilisation de l'exception d'irrecevabilité tend ainsi à constituer un mode d'action politique sous couvert d'inconstitutionnalité, révélant une instrumentalisation de la matière constitutionnelle à des fins éminemment politiques.

B – L'argument de la constitutionnalité : une arme à disposition de l'exécutif

L'exécutif, au même titre que l'opposition parlementaire, a pu sous couvert de culture de constitutionnalité instrumentaliser la matière constitutionnelle afin d'assurer une certaine légitimité juridique à un texte faisant débat dans la société française. La rareté des saisines présidentielles du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, offre une indication sur le caractère exceptionnel d'une situation politique conduisant le chef d'État à mettre en cause la constitutionnalité d'un texte. Chaque texte soumis au conseil par le président de la République revêt en effet un enjeu politique majeur : loi relative au renseignement[32], loi dite anticasseur,[33] loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire[34] et récemment la loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration[35]. Ces saisines ont ainsi en commun de porter sur des textes faisant largement débat au Parlement ou dans la société et où le risque d'une atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit est particulièrement élevé. Dans cette optique, la mobilisation de l'article 61 alinéa 2 par le président de la République a la vertu de faire valoir un acte de bonne foi, de bonne volonté, faisant état d'une certaine conscience constitutionnelle de la part du gardien de la constitution[36]. Pour autant la frontière entre culture de constitutionnalité et instrumentalisation politique semble encore une fois ténue. La dernière

[24] Article 91§5 du règlement de l'Assemblée nationale.
[25] Article 44 alinéa 2 du règlement du Sénat.
[26] Motion de rejet préalable, Assemblée nationale, scrutin n°3203, première séance du 11 décembre 2023.
[27] Article 91§5 règlement de l'Assemblée nationale, l'objet de la motion de rejet préalable est de faire « reconnaitre que le texte proposé est contraire à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles ou de faire décider qu'il n'y a pas lieu à délibérer ».
[28] Débat parlementaire, Assemblée nationale, première séance du 11 décembre 2023.
[29] Motion adoptée le 30 novembre 1978 à l'Assemblée nationale à propos de la loi portant adaptation d'une directive européenne sur la TVA.
[30] Motion adoptée le 9 octobre 1998 par l'Assemblée nationale à propos de la loi PACS.
[31] Assemblée nationale séance unique du 30 novembre 1978 et Assemblée nationale 1re séance du 9 octobre 1998.
[32] Cons. const., n°2015-713 DC, du 23 juillet 2015.
[33] Cons. const., n°2019-780 DC, du 4 avril 2019.
[34] Cons. const., n°2020-800 DC, du 11 mai 2020.
[35] Affaire enregistrée sous le numéro 2023-863 DC, saisine du Président de la République du 26 décembre 2023
[36] Article 5 de la Constitution.

saisine en date[37] du président de la République étaye un peu plus cette confusion. Celle-ci ne comporte en effet aucune indication quant à un éventuel grief d'inconstitutionnalité permettant de qualifier cette saisine de saisine blanche. En ce sens, la culture de constitutionnalité parait une nouvelle fois servir de prétexte à des considérations politiques et démontre ainsi une certaine instrumentalisation de l'office du Conseil constitutionnel à des fins politiques.

Conclusion

La question de la constitutionnalité de la loi revêt un enjeu majeur dans le cadre de la procédure législative. Entre crainte de la censure et instrumentalisation politique, il semble bien que les acteurs de l'élaboration de la loi se fassent juristes avant les juristes lorsque cela leur est favorable : lorsqu'il s'agit de jouer le rôle d'opposition, de contester des dispositions introduites par l'opposition ou encore de gagner en légitimité sur un texte controversé. Le chemin semble encore long avant de déclarer le plein avènement d'une culture de constitutionnalité. Pour autant, l'appropriation et l'instrumentalisation des outils constitutionnels par les manufacturiers de la loi a cet avantage non négligeable de développer la justice constitutionnelle, d'ancrer le débat politique dans un cadre constitutionnel et juridique de sorte que la culture de constitutionnalité instrumentalisée assure dans le cadre du processus législatif, le respect des droits et libertés.

[37] Cons. const., n°2023-863 DC, 25 janvier 2024.

Chapitre 5

Société

Inscrire le droit fondamental autonome à l'avortement dans la Constitution française

Désobéissance civile : menace ou ressort de la démocratie ?

La démocratie à l'épreuve de la crise climatique

La démocratie paritaire

INSCRIRE LE DROIT FONDAMENTAL AUTONOME À L'AVORTEMENT DANS LA CONSTITUTION FRANÇAISE : LES RÉELS ENJEUX SYMBOLIQUES ET PRATIQUES

Lucile ESPOSITO

Le 24 juin 2022 : la décision *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* de la Cour Suprême des États-Unis tombe. Elle met fin à sa jurisprudence *Roe v. Wade* du 22 janvier 1973 qui reconnaissait le droit fédéral à l'avortement. En réaction, plusieurs États fédérés mettent en place leurs *trigger laws.* Adoptées depuis plusieurs années, elles attendaient patiemment de pouvoir entrer en vigueur puisque certaines vont jusqu'à interdire l'avortement en toutes circonstances[1].

Bien que cette décision ne soit pas surprenante, le choc est vif. Il illustre un phénomène inquiétant. La figure du juge (bien souvent constitutionnel), placé comme défenseur des droits de l'Homme et des constitutions libérales, retourne sa veste en évinçant les droits qu'il est supposé protéger et reconnaître. Ce n'est pas sans faire écho aux cas polonais[2] et hongrois[3] en Europe qui tendent, eux aussi, à faire régresser le droit à l'avortement. En Pologne, la loi prévoyait l'avortement uniquement dans quatre cas restrictifs : si le viol, l'inceste ou la mise en danger de la santé de la femme restent des justifications suffisantes pour avorter, le tribunal constitutionnel polonais a écarté le cas de malformation du fœtus en octobre 2020[4]. En Hongrie, un décret oblige les femmes enceintes à écouter les battements du cœur du fœtus avant d'avorter depuis septembre 2022[5].

La citation prophétique de Simone de Beauvoir inonde alors la sphère publique et politique française : « N'oubliez jamais qu'il suffira d'une crise politique, économique ou religieuse pour que les droits des femmes soient remis en question. Ces droits ne sont jamais acquis. Vous devrez rester vigilantes votre vie durant ».

[1] Voir Guttmacher Institute, *Interactive Map : US Abortion Policies and Access After Roe.*
[2] J. Iwaniuk, « En Pologne, l'avortement devient quasiment illégal après une décision de justice », *Le Monde*, 22 octobre 2020.
[3] Rédaction numérique France Inter, « En Hongrie, les femmes qui souhaitent avorter devront désormais écouter le cœur du fœtus », *France Inter*, 15 septembre 2022.
[4] Pologne, Constitutional Tribunal, Judment, 22 octobre 2020, K1/20, 22X 2020.
[5] Decree No. 29/2022 § 1, amending Decree No. 32/1992, the implementing regulation for Act No. 79 of 1992 on the Protection of Fetal Life, 12 septembre 2022.

Bien qu'en France, la question abortive ne soit pas aussi controversée et que le fondement de ce droit semble plus solide, des projets visant à inscrire le droit à l'avortement dans la Constitution de 1958 voient le jour. La proposition de loi constitutionnelle portée par Mathilde Panot dès octobre 2022, entendait introduire un article 66-2 disposant que « Nul ne peut être privé du droit à l'interruption volontaire de grossesse »[6]. Puis, les députés s'étaient accordés sur la formulation suivante « La loi garantit l'effectivité et l'égal accès au droit à l'interruption volontaire de grossesse »[7]. En réponse, le Sénat adopte finalement un texte de compromis puisqu'il n'est plus question de l'article 66-2 de la Constitution mais de l'article 34 de la Constitution : « La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse »[8]. L'Assemblée nationale s'aligne alors sur l'emplacement de cette introduction de la liberté de mettre fin à sa grossesse en deuxième lecture le 2 février 2023[9]. Le chef de l'État français fait alors une promesse symbolique, le 8 mars 2023[10], lors de l'hommage national à Gisèle Halimi : il souhaitait présenter, avant la fin de l'année 2023, un projet de loi constitutionnelle qui inscrirait la liberté des femmes de recourir à l'interruption volontaire de grossesse dans notre Constitution[11]. Promesse tenue : en décembre 2023, ce projet[12] est enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale et le 4 mars 2024, le Parlement réuni en Congrès a adopté ce projet de loi avec 780 voix pour. Se referme alors la boucle avec la cérémonie de « scellement » organisée le 8 mars 2024 par le Président de la République : la liberté de recourir à l'IVG est inscrite dans la Constitution. Une victoire féministe historique àsaluer, mais aussi à nuancer.

Il semble alors légitime de s'interroger sur la pertinence de l'inscription du droit ou de la liberté de recourir à l'avortement au sein de l'ordre juridique constitutionnel en France. Que change véritablement cette inscription à l'effectivité de ce droit au-delà du symbole ? Le droit d'avorter n'a-t-il pas déjà une valeur constitutionnelle ? N'est-ce pas ouvrir la boîte de Pandore et créer une Constitution fourre-tout[13] ? Cette constitutionnalisation de la liberté d'avorter est-elle à la hauteur de l'enjeu qu'elle entend défendre ?

Si cette constitutionnalisation a fait face aux réticences de bon nombre de professeurs, de politiques et d'acteurs du droit[14] au motif que cela ne changerait rien à l'état du droit, il est

[6] Proposition de loi constitutionnelle n°293 visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception déposée devant l'Assemblée nationale, 7 octobre 2022.
[7] Proposition de loi constitutionnelle n°34, adoptée par l'Assemblée nationale, visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse, 24 novembre 2022.
[8] Proposition de loi constitutionnelle n°48, modifiée par le Sénat, visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse, 1er février 2023.
[9] Proposition de loi constitutionnelle n°815, modifiée par le Sénat, visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse, 2 février 2023.
[10] La Journée internationale des droits de la femme a lieu tous les 8 mars.
[11] Discours du 8 mars 2023 du Président de la République à l'occasion de l'hommage national à Gisèle Halimi.
[12] Projet de loi constitutionnelle n°1983 relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, 12 décembre 2023.
[13] L. Vichnievsky, « IVG dans la Constitution : "Il ne faut pas ouvrir la boîte de Pandore" », *La Croix*, 30 juin 2022.
[14] B. Daugeron, Entretien, « Inscription du droit à l'IVG dans la Constitution : "Le recours au droit comme solution à tout est une illusion dangereuse" », *Le Figaro*, 28 juin 2022 ; A. Levade, « Inscrire le droit à l'avortement dans notre Constitution, une proposition ni justifiée ni pertinente », *Le Club des juristes*, 27 juin 2022 ; R. Letteron, « IVG : Pourquoi importer la crise américaine ? », *Libertés, Libertés chéries*, 28 juin 2022 ; L. Vichnievsky,

nécessaire de rappeler la légitimité d'une telle constitutionnalisation, sans adopter une posture sacralisant la Constitution. La Constitution ne permet-elle pas en tant que norme suprême de reconnaître l'attachement symbolique et juridique fort aux valeurs d'un État ? N'est-ce pas son but de garantir des droits et libertés fondamentales, dont font partie les droits reproductifs ?

I - Une constitutionnalisation pionnière et légitime du droit à l'avortement : l'enjeu symbolique

Tout d'abord, cette proposition originale, ouvre une voie innovante puisque dans le monde aucune constitution ne consacre ce droit[15]. Si elles évoquent l'avortement, c'est bien souvent pour l'interdire ou le restreindre pour des raisons morales ou religieuses. C'est le cas de l'article 15 de la Constitution de la Somalie qui interdit l'avortement en raison de son incompatibilité avec la charia[16]. Constitutionnaliser le droit à l'avortement est donc une mise en lumière de l'attachement symbolique de la France à ce droit puisqu'une constitution « n'a pas pour unique objet de déterminer la forme de l'État, d'organiser les institutions et de déterminer les règles de production des normes. La Constitution est un acte fondateur par lequel une société se constitue une identité et décide de l'ordre sociétal voulu. En particulier, elle consacre des droits et libertés fondamentaux et définit les modalités de leur protection »[17].

Cette fonction expressive[18] de la Constitution permet, en inscrivant en son sein le droit d'avorter de refléter le contrat social de la société française et de la communauté politique. Ainsi, la question de l'avortement doit être considérée comme un enjeu constitutionnel en tant que compromis politique[19]: cela fait écho au principe d'égalité au cœur de la Constitution de 1958 et à la citoyenneté impliquant la reconnaissance de sujets politiques dotés de droits[20].

Dans *Le contrat sexuel*, Carole Pateman démontre que le contrat social de nos sociétés dissimule un contrat sexuel où « le droit politique des hommes sur les femmes, [qui] instaure un accès réglé des hommes au corps des femmes »[21]. Ne pas consacrer les droits reproductifs comme le droit de recourir à l'avortement en cas de grossesse non-désirée revient à renforcer les inégalités entre les hommes et les femmes : ces dernières assument seules toutes les charges la grossesse. Cette différence de traitement constitue alors une discrimination fondée sur le genre comme le relèvent plusieurs organismes[22] et le rôle de l'État est d'y pallier. La question

Tribune « IVG dans la Constitution : "Il ne faut pas ouvrir la boîte de Pandore" », *La Croix*, 30 juin 2022 ; Le Monde, « Gérard Larcher s'oppose à l'inscription de l'IVG dans la Constitution, estimant que le droit à l'avortement "n'est pas menacé dans notre pays" », *Le Monde*, 23 janvier 2024.

[15] S. Hennette-Vauchez ; D. Roman ; S. Slama, « Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 07 juillet 2022.

[16] « Abortion is contrary to Shari'ah and is prohibited except in cases of necessity, especially to save the life of the mother » (Art. 15).

[17] Site du Conseil constitutionnel, « Qu'est-ce que la Constitution ? À quoi sert-elle ? ».

[18] CNCDH, Avis septembre 2023, « La constitutionnalisation de l'IVG : protéger un droit humain de portée universelle ».

[19] K. Michael. « Faut-il tout mettre dans la constitution ? », *Pouvoirs*, vol. 187, n° 4, 2023, p.55-63.

[20] S. Hennette-Vauchez et al., *op. cit.*

[21] C. Pateman, *Le contrat sexuel* [1988], La Découverte, 2010, p. 23.

[22] CODESC, *Observation générale n° 22 (2016) sur le droit à la santé sexuelle et procréative (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, 2016, § 25 ; CEDEF, Recommandation générale n° 24, *Les femmes et la santé*, 1999, § 12 et 13.

de la constitutionnalisation de l'avortement prend alors tout son sens puisque cela revient à réaffirmer un modèle de société plus égalitaire.

Aussi, si l'IVG concerne toutes les personnes résidentes de France, la constitutionnalisation de ce droit donne à voir une autre facette de la figure du citoyen. Elle ne saurait se résumer à ne se voir reconnaître que des droits politiques. Recourir à l'IVG n'est pas qu'une affaire d'autonomie personnelle : certes, garantir ce droit permet aux femmes de disposer librement de leur corps mais cela a aussi un impact sur la société. En effet, des politiques sociales de santé publique vont entourer ce droit pour le garantir. Aussi, le droit à l'avortement s'inscrit dans une vision politique particulière de l'État dans laquelle les charges sociales de la maternité ne pèsent pas que sur les femmes en tant qu'individus mais plutôt sur l'ensemble de la collectivité. Ainsi, l'expression de Constitution *fourre-tout* semble logique si la norme suprême est considérée uniquement dans son versant institutionnel. Inscrire un droit reproductif dans la Constitution[23] opère un changement de paradigme : c'est là un questionnement plus substantiel sur ce que la Constitution doit contenir ou non[24].

Si constitutionnaliser le droit à l'avortement relève d'abord d'un engagement symbolique légitime qui traduit la volonté politique d'un modèle de société plus égalitaire, des enjeux pratiques entourent la reconnaissance d'un droit fondamental autonome à avorter.

II - L'enjeu pratique de la constitutionnalisation d'un droit fondamental autonome à avorter

L'affirmation de juristes selon laquelle la constitutionnalisation du droit à l'avortement ne changerait rien à l'état du droit n'en est pas moins étonnante. Si l'avortement est dépénalisé depuis la loi Veil de 1975, que la législation française a ensuite évolué jusqu'à étendre le délai de l'IVG jusqu'à 14 semaines en 2022[25] tout en supprimant les conditions de situation de détresse en 2014[26] et de délai de réflexion en 2016[27], il n'apparaissait pas que le droit à l'avortement soit consacré de manière autonome, aussi bien par la Constitution de 1958 que par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Dans sa décision IVG de 1975[28], le Conseil constitutionnel n'appréhende pas l'avortement comme une liberté appartenant aux femmes qui y ont recours : il adopte une approche négative en soulignant que la loi Veil qui dépénalise l'IVG en cas de situation de détresse ou de motif thérapeutique ne vient pas porter atteinte aux normes constitutionnelles.

[23] Ou tout autre droit : abolition de la peine de mort en 2007, ou encore la préservation de l'environnement plus récemment.
[24] K. Michael, *op. cit.*
[25] Loi n°2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement.
[26] Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.
[27] Loi n°2016-41du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.
[28] Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

Puis, en 2001[29], il opère une conciliation entre la liberté individuelle de la femme (rattaché au principe de liberté de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) et le respect de la dignité de la personne humaine. Cette mise en balance, souvent utilisée pour suggérer implicitement que l'embryon est protégé par ce principe de la dignité humaine, permet à des juridictions[30] de dénier à la femme enceinte le droit de pratiquer une IVG. De la sorte, la Cour européenne des droits de l'Homme laisse toujours une large marge d'appréciation sur les questions de société lorsqu'il n'existe pas de consensus partagé : elle opère cette mise en balance du droit à la vie[31] et du droit à la vie privée de la femme[32]. Mais, il faut tout de même reconnaître que le juge constitutionnel français a, par la suite, admis la constitutionnalité de la suppression du délai de sept jours de réflexion[33] et de la référence à la situation de détresse[34].

Si, le Conseil constitutionnel a bien confirmé le rattachement à la liberté personnelle de l'avortement, il n'a jamais reconnu un droit à l'avortement de façon autonome. Le Conseil constitutionnel rappelle souvent qu'il laisse bel et bien une marge de manœuvre aux parlementaires sur les questions de société car « l'article 61 de la Constitution ne [lui] confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »[35]. Il est possible d'imaginer qu'en cas de renversement de la majorité au Parlement, une simple loi pourrait venir restreindre les conditions d'avortement en France à l'image de la Pologne ou de la Hongrie. Il est difficile alors de faire confiance au juge constitutionnel car laissant une marge d'appréciation au législateur, il se plierait à cette « modification inopportune »[36].

Pour ces raisons, une constitutionnalisation formelle du droit à l'avortement rend plus difficile la suppression totale de l'avortement puisque la révision d'une Constitution est plus complexe qu'une modification du cadre législatif actuel[37]. Recourir à l'avortement deviendrait un droit fondamental garanti par la norme suprême et ne pourrait être remis en cause substantiellement que par révision constitutionnelle. Sa force juridique supra-législative serait plus forte et les juges nationaux ne pourraient remettre en cause ce droit autonome[38]. Ce ne serait plus une liberté publique à mettre en balance avec l'exigence de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (ou encore l'intérêt général ou bien le droit à la santé) dans le cadre d'un contrôle restreint, mais un droit fondamental à part entière. Il s'agirait de pérenniser ce droit et de l'entourer de garanties fortes au même titre que l'abolition de la peine de mort consacrée à l'article 66-1 de la Constitution.

[29] Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.*
[30] Pologne, Constitutional Tribunal, Judment, 22 octobre 2022, K1/20, 22X 2020.
[31] CEDH, 8 juillet 2004, n°53924/00, *Vo c. France*.
[32] CEDH, 16 décembre 2010, n° 25579/05, *ABC c. Irlande*, § 214 : « *l'article 8 ne saurait... s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement* » et § 213 : « [La Cour] *considère que le droit de la femme enceinte au respect de sa vie privée devrait se mesurer à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître* ».
[33] Cons. const., 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC, *Loi de modernisation de notre système de santé*
[34] Cons. const., 31 juillet 2014, n° 2014-700 DC, *Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*
[35] Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*
[36] K. Michael, *op. cit.*
[37] E. Lucas, « Lisa Carayon : Que changerait l'inscription du droit à l'avortement dans la Constitution ? », *La Croix*, 27 juin 2022.
[38] CNCDH, Avis septembre 2023, *op. cit.*

Ainsi, reconnaître un droit fondamental à avorter dans la Constitution présente bien un intérêt pratique pour sa valeur juridique, mais quand est-il des modalités techniques retenues par le projet de loi constitutionnel adopté par le Congrès ?

III - Des modalités plus ambitieuses de constitutionnalisation du droit à l'avortement

Le 4 mars, les parlementaires se sont accordés pour intégrer non pas un droit mais une « liberté garantie à la femme » dans l'article 34 de la Constitution[39]. Cette consécration historique de la liberté de la femme de recourir à l'IVG est une première mondiale. Mais cette victoire honorable, peut aussi s'analyser comme une victoire en demi-teinte.

En effet, cette formulation ne paraît pas être à la hauteur de l'ambition de la constitutionnalisation d'un droit autonome à l'avortement[40]. Tout l'intérêt de reconnaître un droit est de lier le titulaire du droit d'avorter et l'État, débiteur d'obligations positives, qui va garantir l'exercice du droit, là où la liberté ne concerne que son titulaire. Le terme de liberté n'implique donc pas l'opposabilité à l'État d'obligations contraignantes de mettre en œuvre tous les moyens (humains, matériels, financiers…) pour garantir le recours à l'IVG. Aussi, cette formulation renvoie simplement à une compétence du législateur qui pourrait toujours faire régresser le cadre législatif actuel en fermant des lieux où l'IVG est pratiquée et en ne palliant pas le manque de moyens. La garantie est donc plus faible et moins pertinente avec ce projet de constitutionnalisation de la liberté de la femme à avorter. Ce nouvel alinéa de l'article 34 se détourne complètement de l'instauration d'un droit-créance à l'avortement et adopte uneposition plus frileuse par rapport à la proposition portée en 2022 par qui visait à garantir « l'effectivité et l'égal accès » au droit à l'IVG [41]. De plus, la formulation retenue en retenant le mot « femme » peut présenter le risque d'exclure l'accès à l'IVG aux personnes nes'identifiant pas comme femme mais qui ont la capacité de procréer[42].

Si l'ambition était d'instaurer un droit autonome alors, à défaut d'un titre spécifique sur les droits et libertés dans la Constitution, il aurait fallu trouver un autre emplacement à ce droit. Afin d'éviter de modifier les textes historiques tels que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ou encore le Préambule de 1946, la création de l'article 66-2 dans le Titre concernant l'Autorité judiciaire et l'article 34 paraissant peu ambitieux, l'article 1er de la Constitution aurait pu être un bon compromis[43]. L'égalité, la laïcité ou encore la parité s'y trouvent : pourquoi ne pas y avoir inscrit le droit fondamental autonome à l'avortement ? La garantie de ce droit y aurait été plus forte face aux revers politiques.

[39] Loi constitutionnelle n°2024-200 du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse.
[40] CNCDH, Avis septembre 2023, *op. cit.*
[41] Proposition de loi constitutionnelle n°34, adoptée par l'Assemblée nationale, visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse, 24 novembre 2022.
[42] Notamment les hommes transgenres, les personnes non-binaires, les personnes intersexes.
[43] Communiqué de presse du 27 septembre 2022 du Haut Conseil pour l'égalité.

Ce mouvement constitutionnel pionner aurait pu aller plus loin en se combinant avec l'ajout possible du droit à la contraception gratuite et libre pour une protection globale des droits reproductifs selon la formulation proposée par certains auteurs[44].

L'article aurait pu prendre la forme suivante :

> *Toute personne a droit à une contraception gratuite et adaptée ainsi que de recourir librement et gratuitement à l'interruption volontaire de grossesse dans un délai minimal d'au moins quatorze semaines de grossesse garantit par la loi. Sont garantis l'égal accès et l'effectivité des droits sexuels et reproductifs.*

Enfin, il ne faut surtout pas perdre de vue la garantie effective de ce droit autonome à avorter. Il devra passer par le renforcement de moyens juridiques, matériels et financiers comme le rappelle le décret (sans doute influencé par le processus de constitutionnalisation de la liberté de recourir à l'IVG) de décembre 2023 avec l'autorisation des sage-femmes à pratiquer des IVG en établissement de santé[45]. D'autres mesures comme la suppression de la double clause de conscience [46] pourront être envisagées.

Ainsi, l'ambition d'une garantie constitutionnelle du droit fondamental à avorter, toujours associée à des mesures effectives permettra aux femmes de disposer d'elles-mêmes et se défaire du « destin biologique »[47] qui leur est fabriqué.

[44] S. Hennette-Vauchez et al., *op. cit.*

[45] Décret n° 2023-1194 du 16 décembre 2023 relatif à la pratique des interruptions volontaires de grossesse instrumentales par des sage-femmes en établissement de santé.

[46] Bilan 2017 sur IVG du Haut Conseil pour l'égalité.

[47] Plaidoirie de Gisèle Halimi lors du procès de Bobigny, 1972.

LA DEMOCRATIE A L'EPREUVE DE LA CRISE CLIMATIQUE

Théo BERGER

« La crise écologique est aussi bien une crise démocratique. De ce point de vue, combattre le dérèglement climatique, la destruction des écosystèmes, ou les tendances destructrices de l'anthropocène en général et ses drames annoncés revient à revitaliser nos démocraties ».[1]

La crise climatique est le plus grand défi de l'histoire de l'humanité. Un défi particulièrement complexe dû aux caractéristiques de cette crise ; planétaire, se déroulant sur un temps long, impliquant plusieurs générations d'individus et dont les conséquences sont imprévisibles à l'exception de sa gravité sans précédent. Sous l'impulsion de Jacques Chirac, à la suite de son célèbre discours lors du sommet de la Terre en 2002[2], la Charte de l'environnement entre en vigueur le 1er mars 2005 et institue les premiers outils à valeur constitutionnelle visant à préserver l'environnement sans mentionner son lien avec les effets de la crise climatique. Plus précisément, une relation privilégiée entre démocratie et environnement est établie à travers l'article 7 de cette même charte, qui prévoit d'une part un droit à l'information et d'autre part, un droit de participation aux décisions publiques relatives à l'environnement au profit des citoyens[3].

La notion de démocratie environnementale apparaît, en rupture avec la place habituelle accordée au citoyen dans les démocraties modernes, souvent réduites à l'élection de ses représentants comme le prévoit l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958[4] En effet, érigés en tant que principes fondamentaux par le Conseil constitutionnel[5], le droit à l'information et à la participation constituent la promesse effective d'un domaine particulier où les citoyens peuvent s'investir directement et où l'État est contraint d'assurer leur participation.

[1] V. Petit ; B. Guillaume, « Quelle "démocratie écologique" ? », *Raisons politiques*, 2016/4, n° 64, p. 49-66.
[2] J. Chirac, président de la République Française « Notre maison brûle et nous regardons ailleurs », Discours au sommet de la Terre de Johannesburg, 2002.
[3] « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».
[4] « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».
[5] M. Deffairi, « La portée constitutionnelle des dispositions de la Charte de l'environnement », *Titre VII*, n° 8, avril 2022.

Véritable évolution de notre démocratie représentative ou vaine tentative de l'adapter à la crise climatique, la démocratie environnementale a-t-elle incarné un nouveau souffle démocratique tout en apportant une solution viable à l'effondrement écologique ?

I - La crise climatique : moteur imparfait d'un renouveau démocratique

A - Sur le plan théorique, une évolution bénéfique à la démocratie.

La démocratie environnementale présente les caractéristiques d'une démocratie participative et celle-ci vient moderniser notre système représentatif en ce qu'elle vise à associer le citoyen à la délibération, à la formation des politiques publiques et à leur évaluation[6]. Au-delà de son caractère participatif, la démocratie environnementale constitue également l'illustration de la notion de démocratie continue, conceptualisée par le professeur Dominique Rousseau[7]. En effet, les citoyens participent à la formation de la volonté générale pour les thématiques impliquant l'environnement, même après usage de leur droit de vote et en dehors des voies électorales, par un droit d'intervention et de regard sur les politiques publiques. Le cas échéant, l'État est théoriquement contraint par l'action des citoyens s'ils souhaitent modifier les actions engagées.

Autrement dit, de la nécessité de s'adapter à la crise climatique est née un besoin de renouveler les pratiques démocratiques par la création de nouveaux « droits de citoyenneté », selon l'expression du professeur Gilles Dumont qui servent à légitimer l'action administrative[8]. En effet, le droit à l'information et à la participation du public permettent de l'associer à la détermination de l'intérêt général, ce qui accroît la légitimité de l'action publique selon Jean-Marc Sauvé, ancien vice-président du Conseil d'Etat[9].Toutefois, ce dernier estime aussi que corollairement, cette association nécessite de renforcer le contrôle exercé par le public sur l'action administrative du fait de sa participation à la détermination de l'intérêt général[10]. L'existence d'un tel droit de regard des citoyens s'agissant de la politique menée dans le cadre de la crise climatique fait évidemment écho à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui consacre le droit de demander des comptes à tout agent public de l'administration.

Finalement, la matérialisation de ces principes s'effectue par l'outil législatif, notamment à travers le titre II du livre 1er du Code de l'environnement qui prévoit différents mécanismes d'information et de participation tels que le débat public, la concertation préalable ou encore l'évaluation environnementale.

Sur le plan théorique, la lutte contre la crise climatique a donc permis l'émergence d'un nouvel exercice démocratique impliquant davantage le citoyen.

---

[6] Définition de la démocratie environnementale par Pierre Rosanvallon dans un entretien au journal le Monde, Les pays occidentaux devraient reconnaître qu'ils sont aussi des apprentis en démocratie, le 06 mai 2009 : « une démocratie interactive qui oblige en permanence le pouvoir à s'expliquer, à rendre compte et à informer ».

[7] D. Rousseau, « La démocratie continue, Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, vol. 4, n° 96, 1997, p.73-88.

[8] G. Dumont, *La citoyenneté administrative*, thèse de doctorat, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2002, p. 213.

[9] J.-M. Sauvé, *La démocratie environnementale aujourd'hui*, Discours 18novembre 2010.

[10] Voir *supra*.

B - Sur le plan pratique, un échec illustré par des tensions croissantes entre les citoyens et les pouvoirs publics

Les principes fondateurs de la démocratie environnementale restent embryonnaires, mal compris et mal utilisés. En effet, le droit de regard du citoyen ne se traduit pas de manière concrète : la jurisprudence des Sages est à ce titre assez éloquente puisque leur contrôle est limité à l'incompétence négative et à la vérification que les modalités prévues pour assurer la participation et l'information des citoyens sont suffisantes pour permettre leur effectivité sans attacher une importance aux conséquences de cette participation [11]. En d'autres termes, le Conseil vérifie seulement que le citoyen peut participer, mais pas si l'action publique poursuivie par la suite prend en compte cette participation. L'absence de voie institutionnelle permettant aux citoyens d'approuver ou de désapprouver l'action environnementale, explique que la désapprobation passe par d'autres actes, d'abord pacifiques puis irrémédiablement violents.

Violents, car, contrairement aux autres domaines constitutifs de notre démocratie, la lutte contre la crise climatique promettait d'être participative et interactive. Ainsi, d'une part, face à l'inapplication des décisions de justice dans le cadre du contentieux sur la pollution de l'air ou de l'inaction climatique[12] ; face aux révisions constitutionnelles dont l'objectif est pour partie symbolique[13], face à l'incohérence des politiques publiques avec les objectifs environnementaux, une certaine partie de la population éprouve un sentiment d'injustice et d'obligation de veiller eux-mêmes au respect de l'intérêt général.

« L'Histoire retiendra ces gestes de résistance pour protéger l'intérêt général. Elle se souviendra aussi des décisions de justice qui auront su acter cet état de nécessité plutôt que d'en condamner les messagers ». Cette déclaration des prévenus à la fin de l'audience relative au jugement des violences lors des manifestations de Sainte-Soline contre l'implantation d'une méga bassine, illustre « le conflit des légitimités démocratiques »[14] entre les personnalités politiques légitimées par l'élection et les militants écologiques, légitimés par le sentiment d'agir dans l'intérêt général.

Pour les militants écologistes, les actions commises au nom de l'intérêt général se matérialisent par la réalisation d'actes de désobéissance civile, outil inhérent aux démocraties modernes en tant qu'acte public, politique et non-violent visant à modifier la politique du gouvernement[15]. Or, l'utilisation de la désobéissance civile révèle un certain échec de la démocratie, notamment par l'amincissement de la frontière entre violence et désobéissance. Les violences de Sainte-Soline, la mort de Rémi Fraisse : les militants écologistes passent de citoyens engagés à des cibles de violences ou à des « écoterroristes » selon certaines personnes dépositaires de l'autorité publique. Pourtant, comme l'explique le philosophe Gérard

[11] K. Foucher, *La démocratie environnementale*, Conférence du Conseil d'Etat, 22 décembre 2010.
[12] CE, 4 août 2021, n° 428409, (astreinte pour la pollution de l'air) ; CE, 19 novembre 2020, n° 427301 ; CE, 1er juillet 2021 (inaction climatique).
[13] CE, Avis, 11 mai 2018 sur l'inscription à l'article 34 de la lutte contre les changements climatiques : « cette disposition aura sans doute peu d'incidence ».
[14] Y.-C. Zarka, *L'inappropriabilité de la Terre*, Paris, Armand Colin, 2013 : celui-ci estime irréconciliables deux camps qui prétendent servir l'intérêt général en prenant l'exemple des militants écologistes et de l'Etat.
[15] J. Rawls, Définition de la désobéissance civile, *Théorie de la justice*, 1971.

Rabinovitch[16] : « le terrorisme distribue la mort et donne la mort pour la mort. Alors que la résistance […] porte la mort sur l'ennemi, pour la vie ». C'est ce qu'exprime le discours des prévenus de Sainte-Soline, leurs actes ne sont pas tournés vers la mort, mais l'intérêt général de combattre la crise climatique ; l'ennemi dans une lutte pour sauvegarder la vie, une lutte dont l'imminence et les conséquences dramatiques pourraient amener à la disparition de la démocratie afin de préserver la vie.

Une autre illustration de l'échec de la démocratie environnementale peut s'inscrire à rebours des considérations évoquées précédemment. Certains mouvements populaires, les bonnets rouges, les gilets jaunes et plus récemment les agriculteurs dénoncent à l'inverse les contraintes environnementales, notamment financières (l'écotaxe par exemple) mais rejoignent la critique mettant en lumière l'absence d'écoute de la part des pouvoirs publics. De plus, la protestation s'est également élevée graduellement au même titre que celle des militants écologistes : manifestations pacifiques, dégradations matérielles et violences résiduelles.

Que ce soit en faveur de l'environnement ou en sa défaveur, la démocratie environnementale ne fonctionne plus.

II - L'imminence de la crise climatique et la survivance de la démocratie

A - L'état d'urgence sanitaire, l'état d'urgence terroriste et maintenant l'état d'urgence environnemental : le risque d'agir trop tard.

Le consensus sur l'imminence et la gravité de la crise climatique est un consensus scientifique, politique et juridique à l'échelle mondiale. Parmi l'ensemble des textes adoptés pour résoudre cette crise climatique, la question d'un état d'urgence environnemental est régulièrement soulevée. Par exemple, les Parlements britannique, irlandais et européen ont adopté des résolutions visant à déclarer « l'urgence climatique »[17]. Si ces consécrations demeurent symboliques, elles ouvrent la voie vers l'utilisation future d'un régime d'exception, qui serait pourtant dommageable à plusieurs titres.

Tout d'abord, les crises terroriste et sanitaire n'étaient pas aussi prévisibles que la crise climatique qui bénéficie d'une couverture médiatique importante et dont les avertissements réguliers exigent d'agir en dehors de l'état d'exception, solution de dernier recours. Ensuite, user d'un régime dérogatoire lors des précédentes crises a conduit à des dérives inquiétantes tant sur le plan de l'exercice démocratique que sur l'expression de nos droits fondamentaux[18].

Or, par l'utilisation de la qualification de calamité publique, inscrite dans la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, la mise en œuvre d'un nouveau régime d'exception attentatoire aux libertés[19] est envisageable. Il est toutefois nécessaire de réaffirmer que la gestion de la crise climatique doit emprunter une voie différente, car si les crises sanitaires et

[16] G. Rabinovitch, *Terrorisme/résistance. D'une confusion lexicale à l'époque des sociétés de masse*, Le Bord de l'eau, Lormont, 2014, p.64.
[17] Résolution du Parlement européen du 28 novembre 2019 sur l'urgence climatique et environnementale.
[18] C. Dounot, « L'effondrement des libertés publiques en période de crise sanitaire », *Lexbase Public*, n° 623, 15 avril 2021 et n° 624, 29 avril 2021.
[19] A. Van Lang, « Les catégories de l'état d'urgence en droit administratif sont-elles transposables en droit de l'environnement ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2022.

terroristes pouvaient être enrayées et s'atténuer dans le temps, les conséquences de la crise climatique s'étaleront sur un temps long, plusieurs dizaines d'années. Par conséquent, une restriction de nos procédés démocratiques et de nos libertés causerait un basculement inévitable vers un régime d'exception permanent et donc vers la fin de notre régime démocratique.

B - Faire évoluer la démocratie avec la crise climatique

La crise climatique et l'échec de la démocratie environnementale ne signifient pas la nécessité de changer de régime politique. Au contraire, chaque période d'incertitude et d'imprévisibilité est l'occasion de rappeler l'essentialité de notre démocratie et l'opportunité offerte de repenser et perfectionner nos aspirations démocratiques. Comment notre démocratie pourrait-elle se renouveler ?

La thèse de l'incompatibilité faible entre démocratie représentative et crise climatique portée par Dominique Bourg, philosophe, et Kenny Whiteside, professeur de sciences politiques[20], suggère une nouvelle relation entre démocratie et écologie par l'institutionnalisation des organisations non gouvernementales environnementales et l'introduction de conférences de citoyens. Autrement dit, le problème n'est pas la démocratie représentative, mais les catégories qui l'incarnent. La position de Bruno Latour[21], sociologue et anthropologue spécialiste de l'environnement, rejoint cette thèse : la démocratie représentative doit s'adapter aux enjeux de la crise climatique, par le retour à une participation citoyenne diluée dans une représentation institutionnelle non élective. Concrètement, ces deux propositions suggèrent en réalité ce que le modèle théorique de la démocratie environnementale promettait : une démocratie interactive et continue avec un rôle prépondérant des citoyens du choix et la préservation de l'intérêt général. Une illustration pourrait être la création d'une troisième chambre dédiée aux enjeux environnementaux et légitimée par ses représentants, experts reconnus en la matière environnementale[22].

L'essoufflement de la représentation, lié à la dégradation des conditions climatiques, pourrait accélérer le renouvellement de la démocratie. La consécration par la charte de l'environnement des droits à l'information et à la participation du public ouvrait une voie vers la matérialisation d'une nouvelle forme de démocratie « participative ». Celle-ci se définit comme « l'ensemble des procédures, instruments et dispositifs qui favorisent l'implication directe des citoyens dans le gouvernement des affaires publiques »[23]. L'implication directe des citoyens constitue l'un des fondements de la revitalisation de la démocratie. La création d'une « Assemblée citoyenne du futur », conceptualisée par Dominique Bourg suggère à ce titre, la mise en œuvre d'une institution incarnée par deux collèges, l'un composé de citoyens « ordinaires » et l'autre de spécialistes de l'environnement[24].

[20] D. Bourg ; K. Whiteside, *Pour une démocratie écologique*, Paris, Seuil, 2010.
[21] B. Latour, *Politique de la nature. Comment faire entrer les sciences en politique ?*, La Découverte, Paris, 2004.
[22] D. Bourg (dir.), *Pour une 6ème République écologique*, 2011, p.166.
[23] S. Rui, « Démocratie participative », in Casillo, R. Barbier, L. Blondiaux, et autres., *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, GISDémocratie et Participation, 2013.
[24] D. Bourg (dir.), *Inventer la démocratie du XXIème siècle, L'Assemblée citoyenne du futur*, Fondation pour laNature et l'Homme, p.51-58, 2017.

La démocratie n'est pas destinée à disparaître sous l'effet du changement climatique, mais à évoluer vertueusement à ses côtés.

DESOBEISSANCE CIVILE : MENACE OU RESSORT DE LA DEMOCRATIE ?

Elisa CHATEAUX

« Nos contemporains […] imaginent un pouvoir unique, tutélaire, tout-puissant, mais élu par les citoyens […]. Dans ce système, les citoyens sortent un moment de la dépendance pour indiquer leur maître, et y rentrent. Il y a, de nos jours, beaucoup de gens qui s'accommodent très aisément de cette espèce de compromis entre le despotisme administratif et la souveraineté du peuple, et qui pensent avoir assez garantit la liberté des individus, quand c'est au pouvoir national qu'ils la livrent. Cela ne suffit point. La nature du maître m'importe bien moins que l'obéissance »[1]. Alexis de Tocqueville

Déconstruire les préjugés autour de la désobéissance civile amène à en définir les contours. Ainsi, John Rawls la définissait comme « un acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener à un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement »[2]. Habermas la définissait quant à lui comme un ensemble d'actes illégaux caractérisés « à la fois par leur caractère public et symbolique » et qui comportent « des moyens de protestation non violents et qui appellent à la capacité de raisonner au sens de la justice et du peuple »[3]. Le Professeur Julien Jeanneney lui rattache deux éléments constitutifs : un élément matériel, à savoir la violation d'une règle prescriptive destinée à l'auteur de l'acte, et un élément intentionnel, autrement dit la volonté de se soustraire à cette règle[4]. Il précise également que la désobéissance civile ne doit pas être confondue avec les actes de contestation dont l'exercice est encadré et garanti par le droit, à l'instar de la grève et des manifestations. Il lui rattache finalement la rébellion, entendue comme une résistance violente envers une personne dépositaire de l'autorité publique. Si les auteurs semblent tous s'accorder sur les caractères intentionnel, politique et public de la désobéissance civile, l'exigence tenant à sa forme non-violente fait toujours l'objet de controverses[5].

[1] A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Flammarion, 1835.
[2] J. Rawls, *Théorie de la justice*, Points, 1987.
[3] J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*. Éditions du Cerf, 1991.
[4] J. Jeanneney, « Désobéir », *Revue Droit & Littérature*, 2019, p.97-109.
[5] D. Hiez ; B. Villalba, *La désobéissance civile : approches juridique et politique*, Presses universitaire de Septenrion, 2008.

Désordre ou encore violence, nombreux sont les maux associés à la désobéissance civile. Dépréciée, celle-ci est souvent pensée comme un mal à proscrire. Pourtant, penser la désobéissance civile devrait avant tout mener à penser l'obéissance[6], ou pour reprendre les mots d'Étienne de La Boétie, penser la servitude[7]. La désobéissance civile est en effet une conséquence : celle d'un système au sein duquel le corps social est parfois contraint à la résignation face à la passivité des gouvernants, ou à des politiques susceptibles de s'inscrire à rebours des droits fondamentaux et des principes démocratiques, comme en témoigne l'adoption du projet de loi immigration par l'Assemblée nationale le 19 décembre dernier[8].

La désobéissance civile est alors un moyen pour le peuple de s'exprimer lorsque les moyens légaux institués en ce sens ont été épuisés. Elle est même le témoignage d'un attachement profond pour la justesse du droit : la loi ne doit pas être injuste et elle a vocation à évoluer à l'aune des intérêts sociaux. Pour le dire plus simplement, la désobéissance civile est une vertu démocratique. Elle est la conception que les citoyens se font du politique et des droits que la démocratie doit garantir[9].

Ainsi, bien qu'elle soit tant décriée, la désobéissance civile n'en reste pas moins l'expression du peuple souverain. Elle est l'expression d'une aspiration à un monde plus juste et à un monde normatif meilleur[10]. Son admission s'avère en ce sens fondamentale. Et c'est désormais par l'intermédiaire du pouvoir judiciaire qu'elle est admise. De cette manière, la désobéissance civile participe au déploiement de la démocratie (I) grâce à son admission par le juge qui s'érige dès lors en un véritable acteur démocratique (II).

I - La désobéissance civile ou le déploiement de la démocratie

La désobéissance civile est inhérente à la démocratie. C'est l'idée que défendait Henri David Thoreau dans son essai fondateur en la matière[11].

A - Un mode d'action traduisant l'affirmation du peuple souverain à l'égard de ses représentants

De la même manière, Thoreau soutenait que la démocratie ne saurait se résumer au vote : celle-ci doit se déployer à travers l'intervention active du citoyen, indépendamment de ceux qui le représentent. C'est également l'idée portée par le professeur Dominique Rousseau : le citoyen ne doit pas être réduit à son rôle d'électeur mais être mis en mesure de s'exprimer continuellement, notamment lorsque l'action des institutions est contraire à la volonté générale[12]. Dans la même lignée, le pouvoir judiciaire affirmait dans l'affaire des « décrocheurs » de portraits du Président de la République que « le mode d'expression des

[6] F. Gros, « L'obéissance et l'oubli du politique », *Sud/Nord*, 2016, nº 27, p.15-24.
[7] E. de La Boétie, *Discours de la servitude volontair*e, Flammarion, 2023.
[8] Projet de loi nº 220 pour contrôler l'immigration et améliorer l'intégration, adopté le 19 décembre 2023.
[9] R. Begon et A. Delepine, « Désobéissance civile et féminisme : lutter contre les dominations et les lois injustes », *Comité contre les Violences Familiales et l'Exclusion*, 2022.
[10] J. Jeanneney, « Désobéir », *op. cit.*, p.97-109.
[11] H. D. Thoreau, *La Désobéissance civile*, Flammarion, 2023.
[12] D. Rousseau, *Six thèses pour la démocratie continue*, Odile Jacob, 2022.

citoyens en pays démocratiques ne peut se réduire aux suffrages exprimés lors des échéances électorales, mais doit inventer d'autres formes de participation dans le cadre d'un devoir de vigilance critique »[13]. Ainsi, la désobéissance civile s'inscrit dans une perspective non institutionnelle de la démocratie[14], et s'érige en un moyen de s'opposer aux pratiques anti-démocratiques en s'extirpant des limites afférentes au système représentatif.

À cet égard, l'intervention d'un jury populaire dans les affaires de désobéissance s'avère intéressante, en ce qu'elle permet aux citoyens d'exercer un pouvoir démocratique de décision et d'influence sur l'application du droit, indépendamment de la volonté des pouvoirs publics. Dans cette hypothèse, le raisonnement du jury s'articule moins autour de considérations purement juridiques, que d'une remise en cause de la justesse des lois adoptées par les représentants. De la sorte, un jury britannique a relaxé quatre militantes poursuivies pour avoir endommagé un avion afin de condamner son envoi en conflit armé, et ce malgré l'importance des dommages matériels causés[15].

B - La désobéissance civile comme palliatif aux failles institutionnelles

La désobéissance civile s'érige en un moyen démocratique de contrôler le pouvoir en réponse à des défaillances institutionnelles. En d'autres termes, la désobéissance civile est une incidence : celle-ci survient lorsque les moyens d'interpellation légalement institués sont ineffectifs, voire inaccessibles. En ce sens, il a été jugé dans l'affaire des « décrocheurs » de portraits que « loin de se résumer à une simple atteinte à l'objet matériel, [le décrochage] doit être interprété comme le substitut nécessaire du dialogue impraticable entre le Président de la République et le peuple »[16].

En outre, le recours à ce mode d'action procède d'une tension tenant à deux aspects : la violence d'État est perçue comme de plus en plus illégitime, et les débats publics comme de plus en plus biaisés. C'est cette accumulation qui induit le recours à des modes d'action directs et autonomes détachés de la sphère étatique[17].

C - À quel moment s'arrête la légitimité d'un acte illégal ?

Non-violence, publicité et revendication de l'action et acceptation du risque pénal. Tels sont les principes directeurs de la désobéissance civile[18]. Hannah Arendt soulignait leur importance, en ce que leur respect permet de légitimer la désobéissance eu égard à la tension qu'elle entretient avec l'état de droit[19].

---

[13] TGI de Lyon, 7ème chambre correctionnelle, 16 février 2019, nº 19168000015.
[14] S. Laugier, « La plupart des grandes causes sociales ont avancé grâce à des actions de désobéissance », *DARD/DARD*, 2023, nº 8, p.86-103.
[15] P. Rogers, « Disarming war: the Hawk Ploughshares story » [en ligne], *Open Democracy*, 2016. Disponible sur : [https://www.opendemocracy.net/en/disarming-war-hawk-ploughshares-story/].
[16] TGI de Lyon, 7ème chambre correctionnelle, 16 février 2019, nº 19168000015.
[17] S. Ollitrault, « Démocratie, citoyenneté et désobéissance : quelle alchimie ? », in B. Lemoult ; M. Jaffrézic (dir.), *Désobéis-moi ?! - Regards croisés sur la désobéissance civile en démocratie face à l'urgence écologique*, Decitre, 2020.
[18] J. Rawls, *Théorie de la justice*, Points, 1987.
[19] H. Arendt, *Civil Disobedience*. Mariner Books, 1972.

Le contexte pacifique ayant entouré la commission de l'acte, à savoir l'absence d'atteinte aux droits des personnes physiques et de trouble grave à l'ordre public[20], semble être l'élément qui soit le plus à même de légitimer l'illégalité. La non-violence semble en effet constituer la « force morale » de la désobéissance civile : celle-ci permet d'exposer la violence d'État, qu'elle soit suscitée par les lois ou le déploiement des forces de l'ordre[21], et de rallier plus efficacement l'opinion publique.

Enfin, la légitimité de la désobéissance tient au fait qu'elle s'inscrive dans la défense d'intérêts universels et des droits fondamentaux, là où certains tentent de s'en prévaloir pour justifier des actions y étant attentatoires, à l'image des mouvements anti-IVG[22] ou anti-immigration[23].

II - L'admission juridictionnelle de la désobéissance civile ou le juge acteur de la démocratie

L'admission juridictionnelle de la désobéissance civile par le juge en fait un acteur de la démocratie, en ce qu'il concourt à son déploiement par la prise en compte des revendications sociales[24]. Par le filtre qu'il exerce sur les actes de désobéissance, le juge participe à la préservation de la démocratie, sans qu'il ne soit porté atteinte à ses fondements.

A - L'admission des actes de désobéissance au moyen de la liberté d'expression

Bien que l'état de nécessité[25] ait déjà pu fonder la relaxe de militants[26], la liberté d'expression demeure le fondement constitutionnel[27] le plus susceptible de protéger la commission d'actes de désobéissance civile, dès lors que le droit français ne prévoit aucun droit spécifique de recourir à ce mode d'action. Si l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen consacre un droit de résistance à l'oppression, celui-ci n'en reste pas moins dénué de caractère contraignant en ce que de nombreuses normes juridiques en excluent la possibilité d'exercice[28]. Ainsi, la reconnaissance de la désobéissance civile a largement été favorisée par la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle a jugé, pour ne citer qu'un exemple, qu'était protégée par l'article 10 de la Convention, en tant que modalité d'expression d'opinions contestataires, l'action militante consistant au boycott de produits israéliens, réprimée comme

[20] M. Pettel, « La désobéissance civile climatique : menace pour l'état de droit ou stratégie face à l'urgence », *L.L.MB.* 2020, p.1051-1059.
[21] S. Ollitrault, « Démocratie, citoyenneté et désobéissance : quelle alchimie ? », *op. cit.*
[22] S. Turenne, « Le discours judiciaire face à la désobéissance civile : étude de la désobéissance anti-avotement en droits américain et français comparés », Presses universitaires de Septenrion, 2008, p.87-102.
[23] M. Pettel, « La désobéissance civile (…) face à l'urgence », *op. cit.*, p.1051-1059.
[24] L. Boinnard, « Quel rôle pour le juge face à la désobéissance civile ? », *RFDC*, 2022, n°132, p.795-816.
[25] Code pénal, article L. 122-7 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace. ».
[26] TJ de Foix, 1e juin 2021, nº 372/2021.
[27] Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, articles 10 et 11.
[28] A. Ogien, « La désobéissance civile peut-elle être un droit ? », *Droit et société*, 2015, nº 91, p.579-592.

une discrimination, en ce qu'elle a été réalisée pacifiquement et qu'elle tendait à stimuler le débat sur un sujet d'intérêt général[29].

B - Le rôle actif du juge pénal en matière de désobéissance civile

Dès lors qu'elle implique la commission d'infractions, le juge pénal est celui qui connait le plus des affaires mêlant la désobéissance civile. C'est dans ce cadre que la Cour de cassation a estimé que la liberté d'expression pouvait justifier la commission d'un délit pénal[30]. Plus concrètement, le raisonnement du juge s'articule autour de la question de savoir si la condamnation du militant ne constitue pas une ingérence disproportionnée dans sa liberté d'expression. C'est à ce titre qu'une militante Femen poursuivie du chef d'exhibition sexuelle a été relaxée, en ce que son action s'inscrivait « dans une démarche de protestation politique et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de sa liberté d'expression »[31].

Les contours du contrôle exercé ont été précisés plus amplement dans l'affaire des « décrocheurs » de portraits[32]. Le juge doit d'abord s'assurer qu'il existe un lien direct entre le comportement incriminé et l'exercice de la liberté d'expression, lequel dépend moins de la nature de l'infraction que du contexte dans lequel elle s'est inscrite[33]. Le juge doit également s'attacher à identifier un intérêt général à la commission de l'acte, en exerçant un contrôle *in concreto*, impliquant un examen d'ensemble prenant en compte les faits d'espèce, la gravité du dommage et le trouble éventuellement causé. L'avocat général intervenant s'est par ailleurs essayé à la proposition d'un critère de nécessité, à l'instar des faits justificatifs institués par le Code pénal.

C - Des restrictions contre la désobéissance civile à son appréhension par le juge administratif

Les tentatives de restriction dirigées contre la désobéissance civile sont sans doute ce qui a favorisé l'intervention du juge administratif en la matière. L'instauration du contrat d'engagement républicain par la loi « séparatisme »[34] constitue un parfait exemple en ce sens. La Défenseure des Droits dénonçait à son propos l'atteinte grave portée à la liberté des associations, en ce qu'il oblige ces dernières à s'aligner explicitement, dans leurs finalités et leur organisation, sur des principes qui sont ceux de la puissance publique[35]. Initialement présenté comme outil de lutte contre le terrorisme, ce contrat s'érige en un instrument liberticide dirigé contre les associations qui usent de la désobéissance civile pour faire valoir leurs

[29] Cour. EDH., 11 juin 2020, nº 15271/16, *Baldassi et autres c. France*.
[30] Cass. Crim., 22 septembre 2021, nº 20-85.434.
[31] Cass. Crim., 26 février 2020, nº 18-81.827.
[32] Cass. Crim., 18 mai 2022, nº 21-86.685.
[33] R. Le Gunehec ; A. Pastor, « Affaire des décrocheurs : désobéissance civile et liberté d'expression… La Cour de cassation précise la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité en matière pénale », *Légipresse*, 2022, p.487.
[34] Loi nº 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.
[35] Défenseur des Droits, Avis du 12 janvier 2021, nº 21-01.

revendications[36]. L'imprécision de certains principes qu'il impose, et la grande marge d'appréciation qu'il octroie conséquemment à l'État, avaient qui plus est étaient dénoncées par le rapporteur public dans ses conclusions sur le projet[37].

Le prétendu non-respect de la loi « séparatisme » a induit l'édiction du décret de dissolution des Soulèvements de la terre. Avant tout, la mesure avait été suspendue par le juge des référés en ce que « les actions promues […], ayant conduit à des atteintes à des biens se sont inscrites dans les prises de position de ce collectif en faveur d'incitatives de désobéissance civile […], dont il revendique le caractère symbolique, et ont été en nombre limité »[38]. Enfin, s'il a été jugé que la circonstance qu'une prise de position s'inscrive dans un débat d'intérêt général et a été publiquement revendiquée est par elle-même sans incidence sur sa qualification en infraction pénale, le Conseil d'État n'en a pas moins annulé le décret en ce que la dissolution n'était ni nécessaire, ni proportionnée à la gravité du risque de trouble à l'ordre public, au regard de la portée des provocations et de leurs effets réels[39].

Enfin, le supposé non-respect des conditions imposées par le contrat, notamment celle tenant au respect de l'ordre public, a conduit le préfet de Vienne à saisir le juge administratif afin qu'il ordonne le retrait d'une subvention accordée à l'association Alternatiba, au motif qu'elle a notamment organisé des ateliers de formation à la désobéissance civile non violente. Néanmoins, le juge a estimé que le contrat n'avait pas été méconnu dès lors que l'association n'a pas incité d'action violente ou présentant un risque de troubles graves à l'ordre public[40].

Ainsi, en admettant des actions afférentes à la désobéissance civile, le juge instille un nouveau souffle pour la démocratie et son peuple souverain en faisant prévaloir l'expression populaire sur les prérogatives de l'État. La désobéissance civile s'érige alors en un instrument qui permet de garantir la justice, de protéger les droits et les libertés fondamentaux dès lors que l'action des pouvoirs publics s'y inscrit à rebours. Loin de constituer une menace portée à son encontre, la désobéissance civile demeure l'expression du soulèvement de la démocratie.

[36] M. Kossongow ; S. Benaceur, « Projet de loi confortant les principes de la République : le Gouvernement à l'assaut de la liberté d'association ? » *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021.
[37] C.E, Ass., 3 décembre 2020, conclusions du rapporteur public, nº 461962.
[38] C.E, réf., 11 août 2023, nº 476385.
[39] C.E, 9 novembre 2023, nº 476384.
[40] TA de Poitiers, 30 novembre 2023, req. nº2202694 et n°2202695.

LA RESTITUTION PAR L'ÉTAT DES ŒUVRES D'ART SPOLIEES LORS DE LA 2NDE GUERRE MONDIALE A L'OCCASION DE LA RE-CONSTRUCTION DES DEMOCRATIES EN EUROPE

UNE NOUVELLE FORME DE JUSTICE RESTAURATIVE

Anna NOCQUET-WASS

Le sujet de la restitution des biens spoliés lors de la 2nde Guerre mondiale a connu un réel essor en Europe à partir des années 1990 et réapparait aujourd'hui en raison d'une loi votée par le Parlement français en 2023[1]. Le droit relatif à la spoliation des biens lors de la 2nde Guerre mondiale se place dans le sillage d'une « histoire longue et rebondissante »[2]. Longtemps l'affaire des États-Unis et du Royaume-Uni, la restitution est devenue un réel enjeu de démocratie pour les pays occupés sous le régime national-socialiste.

Environ 600 000 œuvres d'art ont été spoliées durant la 2nde Guerre mondiale par le régime national socialiste. De plus, environ 100 000 objets culturels et biens mobiliers ont été volés en France, 60 000 de ces objets sont revenus d'Allemagne en France à la fin du conflit et 45 000 ont été restitués à leurs propriétaires[3]. Les restitutions ont encore lieu aujourd'hui et semblent porter une signification particulière. La spoliation, sa nullité, et la restitution des biens en France restent pour l'instant spécifiques aux œuvres et biens culturels[4] volés/réquisitionnés lors de la 2nde Guerre mondiale et plus particulièrement aux familles juives.

La thèse qui sera soutenue est celle suivant laquelle la restitution des biens spoliés, et plus particulièrement des œuvres d'art, constitue la dernière pierre pour compléter le processus de justice restaurative. Le régime réservé aux œuvres d'art spoliées a longtemps été celui de la nullité (par le biais de l'ordonnance de 1945[5], et des outils internationaux) avant de se transformer en un réel régime de restauration au propriétaire légitime, l'inscrivant ainsi dans

---

[1] Loi, n° 2023-650, 22 juillet 2023 relative à la restitution des biens culturels ayant fait l'objet de spoliations dans le contexte des persécutions antisémites perpétrées entre 1933 et 1945.

[2] E. Loyer, « Œuvres d'art et archives, enjeux de guerre et d'après-guerre », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 2007/3, n°54-3, p.179-185, 2007.

[3] D. Zivie, « Des traces subsistent dans des registres », *Rapport à Madame Françoise Nyssen Ministre de laculture « Biens culturels spoliés pendant la Seconde Guerre mondiale ».*

[4] Voir la définition du Code du patrimoine : article L1 et L. 2112-1

[5] Ordonnance n°45-770 du 21 avril 1945 portant deuxième application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi.

une démarche de justice restaurative. L'institut français pour la justice restaurative la caractérise ainsi : « Contrairement au système classique la justice restaurative ne se focalise pas exclusivement sur les normes violées au préjudice de l'État. Elle estime que le crime est avant tout un dommage causé aux personnes et aux communautés d'appartenance. Que l'infraction soit ou non arrêtée importe peu »[6].

L'ordonnance de 1945 susmentionnée ne fut pas prise dans un but de justice restaurative. Il semble plutôt que cette ordonnance avait pour objectif de rendre leur patrimoine aux personnes lésées mais aussi de marquer la défaite de l'Allemagne. Comme cela sera explicité tout au long de ce développement la notion de réparation apparaitra uniquement lorsque l'État français admettra sa part de responsabilité dans les horreurs de la 2nde Guerre Mondiale.

La restitution devient un outil pour la réinstauration des démocraties en Europe et un procédé obligatoire de justice restaurative, puisque l'éradication de la population juive est passée par l'éradication et à la confiscation de sa propriété. Le régime national-socialiste avait mis en place un vaste système de réquisition des œuvres d'art dans les territoires occupés, majoritairement (mais non exclusivement) concernant des familles juives. Ce système a mené à l'éparpillement des biens spoliés et particulièrement d'œuvres d'art en Europe.

Dès lors, il conviendra de déterminer en quoi la restitution des biens spoliés lors de la 2nde Guerre mondiale constitue un outil de démocratie permettant une nouvelle forme de justice restaurative.

La restitution est devenue un enjeu dès la sortie du conflit mondial et en est toujours un aujourd'hui. Si le processus de restitution s'est fait en plusieurs temps, il se concrétise aujourd'hui comme un outil de mémoire et de justice restaurative.

I - Une restitution en plusieurs temps

A la sortie de la guerre, le gouvernement transitoire de la France va, dès 1945, prendre une ordonnance[7] pour permettre la restitution des œuvres spoliées. Cette ordonnance est notamment basée sur la déclaration dite de Londres[8] ou de Saint-Jacques (qui met en place la nullité des actes de spoliation par l'ennemi ou sous son contrôle) prise par les forces Alliées.

La nullité des ventes et achats de biens spoliés est définie à l'article 1 de l'Ordonnance de 1945[9]. Elle met en place, sous certaines conditions, la nullité de toute vente et achat de biens spoliés entre 1933 et 1945.

[6] L'ONU définit la justice transitionnelle comme « l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation » *Rapport ONU, Justice transitionnelle et droits économiques, sociaux, et culturels*, 2014.

[7] Ordonnance n°45-770 du 21 avril 1945 portant deuxième application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi – Ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi et sous son contrôle – Ordonnance du 14 novembre 1944 portant première application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi ou sous son contrôle et Ordonnance du 9 août 1944 portant rétablissement de la légalité républicaine.

[8] Déclaration de Londres du 5 janvier 1943.

[9] Ordonnance n°45-770 du 21 avril 1945 portant deuxième application de l'ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi.

Il s'agit d'un texte exorbitant du droit commun[10]. Il fut édicté dans un moment de crise et met en place un droit transitoire pour permettre la restitution des œuvres spoliées à leur propriétaire légitime sans délai de prescription[11]. L'une des difficultés que présente cette ordonnance (et la restitution jusque dans les années 90) est que la restitution pouvait être faite en faveur de l'État et non pas forcément au propriétaire. Cela se comprend puisque l'identité des propriétaires légitimes était parfois introuvable. Cette ordonnance ne fut pas complétée durant plus de 70 ans, et ce n'est qu'en 2023 qu'une nouvelle loi fut votée pour faciliter la restitution des œuvres d'art spoliées sous le régime national-socialiste. La loi, inscrite à l'article L.115-2 du Code du patrimoine, énonce que les personnes publiques concernées pourront, sous certaines conditions, et par dérogation au principe d'inaliénabilité du domaine publique, restituer les œuvres d'art spoliées entre 1933 et 1945 à leurs propriétaires ou ayants droits si elles avaient été restituées à la France et donc aux musées français et non à leur propriétaire. La loi de 2023 permet la restitution des œuvres directement à leurs propriétaires privés.

Cette nouvelle norme – conjuguée avec l'ordonnance de 1945 qui est un texte de droit exorbitant – est placée dans une sorte de bulle où se trouvent les lois d'exception qui reste inférieure à une norme de rang constitutionnel mais bénéficie d'une spécificité par rapport aux lois ordinaires. En effet, une sorte d'« intérêt supérieur » semble se dégager de ce texte qui permet une exception au principe d'inaliénabilité[12] malgré la protection des trésors nationaux existant en droit français et en droit européen.

C'est également en raison de sa place particulière dans la hiérarchie des normes que le procédé de restitution illustre un réel enjeu de démocratie. Ces deux textes devraient permettre au restant des œuvres pouvant être restituées de retourner auprès de leurs propriétaires légitimes (même si nombre d'entre elles ne seront sans doute jamais retrouvées ou restituées[13]). La loi de 2023 semble délivrer un message clair : il est important pour notre pays de réparer ce qui est réparable. Il s'agit d'une attitude nouvelle dans la mesure où la position française a toujours été inconstante sur ce sujet, en raison de sa difficile acceptation de son passé.

La France comme de nombreux pays se sont, dans un premier temps, appuyés sur les conventions inter-étatiques[14] pour voir les œuvres d'art restituées à leur pays d'origine. De nombreux textes de portée internationale ont été adoptés tels que : la Convention de la Haye[15] ou la Convention de l'UNESCO[16] qui fut complétée par l'UNIDROIT[17]. Ces derniers ont été accompagnés ensuite par des normes européennes : la directive de 1993[18] qui a connu une refonte en 2014 et qui s'accompagne en 2008 d'un règlement 116/2009. Le Conseil de l'Europe

[10] T. de Ravel d'Esclapon « Spoliation d'œuvres d'art pendant la 2nde Guerre mondiale : restitution d'un tableau de Pissaro, TGI Paris 7 novembre 2017 n°17/58735 », *Dalloz*, 2017.
[11] Cour d'appel de Paris, 2 octobre 2018, n°17/20580.
[12] Etude d'impact « Biens culturels spoliés entre 1933 et 1945 »**,** *Texte n° 539 (2022-2023) de Mme Rima ABDUL-MALAK, ministre de la culture*, 19 avril 2023.
[13] D. Zivie, « Des traces subsistent dans des registres », *Rapport à Madame Françoise Nyssen Ministre de la culture « Biens culturels spoliés pendant la Seconde Guerre mondiale »*.
[14] Z. Can Koray, « Spoliation d'œuvres d'art et droit international », *Recueil Dalloz*, 2019, p.1615.
[15] Convention de la Haye, 29 mai 1993.
[16] La Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, 14 novembre 1970.
[17] Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, 24 juin 1995.
[18] Directive européenne 93/7/CEE, 15 mars 1993.

adoptera aussi plusieurs conventions, notamment la Convention culturelle européenne de 1954 et la Convention européenne sur les infractions visant les biens culturels en 1985. Ces conventions ont comme grande tendance la nullité des transactions relatives aux œuvres d'art spoliées dans un premier temps puis leur restitution à leur État d'origine. Elles ne sont pas axées sur la restitution à leur propriétaire privé mais plutôt à l'État dans lequel se trouvait l'œuvre spoliée lors de la 2nde guerre mondiale.

L'intérêt porté à la nullité et à la restitution s'affaiblira progressivement jusqu'en 1990. Après cette date, l'ordre international se saisira à nouveau de la question de la restitution, pour des raisons diverses telles que la séparation du bloc soviétique mais aussi par le développement du travail de mémoire entourant les événements de la 2nde guerre mondiale. Cela passe par des outils de droit souple tels que : la Conférence de Washington en 1988 relative aux œuvres d'art volées par le régime national-socialiste, mais aussi celle de Vilnius en 2000 (qui avait pour but de faire un bilan de la Conférence de Washington) et de Terezin en 2009 relative aux biens et avoirs spoliés aux juifs pendant la Shoah. Ces outils se concentrent plus sur les individus et la restitution de leurs biens (ou à leurs descendants).

La seconde phase sera centrée sur la restitution au propriétaire de l'œuvre, mais cela prendra bien plus de temps dans les pays qui furent occupés. À l'inverse des pays occupés, pour les États-Unis majoritairement[19] mais aussi au Royaume-Uni subsidiairement, la question de la restitution va devenir centrale et cela dès le lendemain de la guerre.

Sans vouloir faire preuve de cynisme, il semble que la mise en place d'une réelle restitution des œuvres spoliées a été pendant longtemps le luxe des alliés qui n'avaient pas connu l'occupation mais été aussi un réel moteur dans la Guerre Froide notamment par le partage de l'Allemagne. Il semble essentiel d'ajouter que les États-Unis ont connu une importante vague migratoire pendant et après la 2nde Guerre mondiale, beaucoup dont les parents n'étaient jamais revenus des camps de la mort avaient fui vers les États-Unis. Ces derniers ont par la suite demandé la restitution des œuvres de leurs parents auprès des cours américaines. Ce fut le cas dans de nombreuses affaires importantes qui se soldèrent pour la plupart par une restitution des œuvres spoliées[20] devant les cours américaines ou par le biais de moyens de résolution de conflits alternatifs. Cela ne fut cependant pas toujours aisé. En effet les héritiers faisaient des réclamations notamment auprès de musées en France[21] ou en Autriche. Ces derniers ne semblaient pas vouloir permettre une restitution facile du bien (on touche ici aux conflits de juridictions, de lois, d'intérêt à agir… qui ne pourront pas être développés ici[22]).

[19] Création de la Commission américaine pour la protection et le sauvetage des monuments artistiques et historiques dans les zones de guerre dite Roberts Commission dès 1943 pour protéger les trésors culturels européens.

[20] Voir par exemple : République d'Autriche c/ Altmann, 541 US 677, 2004 - Goodman c/ Searle en 1998 - Guggenheim foundation c/ Lubell en 1993 ou encore Deweerth c/ Baldinger en 1987.

[21] Voir notamment le scandale autour des œuvres dites MNR (Musée National Récupération) : E. Prohet, « L'art pris dans la Guerre », *La chaine d'Union 2020/2,* 2020 p. 11-14 ; J-M. Pontier, « Restitution et spoliation d'œuvresd'art, quelles règles ? », *AJDA,* 2014, p. 2145.

[22] M-A. Renold, *Cross-border restitution claims of art looted in armed conflicts and wars and alternatives to court litigations*, Bruxelles : Parlement européen, Direction général pour les politiques internes, département C : droits des citoyens et affaires constitutionnelles, 2016, p.75.

Finalement, la restitution aux États-Unis a pu être facilitée lorsque les pays autrefois occupés ont accepté leur passé et ont par la même occasion permis la mise en place d'une réelle procédure de restitution.

II - La restitution, outil de démocratie

La France comme l'Autriche ont longtemps refusé de reconnaître leur responsabilité dans les événements de la Seconde Guerre mondiale et particulièrement dans le traitement infligé à leur populations juives. Cela va de pair avec le refus de toute responsabilité dans la spoliation des œuvres et biens appartenant à ces populations. Ce refus complet durant de nombreuses années (il est reconnu que longtemps la France a privilégié la thèse du résistant caché dans la pénombre) a entraîné des conséquences, notamment sur la restitution des biens spoliés. Cette dernière remplissait et remplit un tout autre rôle : celui de l'acceptation, de la réparation, et de l'entretien de la mémoire. Le temps de la reconstruction matérielle achevée, c'est celui de la reconstruction des mémoires qui a été entamée, ce processus a permis comme l'une de ses ramifications la mise en place de restitutions à leurs propriétaires privés.

Ainsi, ces restitutions permettent aussi un réel travail de mémoire. « Si les œuvres d'art pouvaient parler »[23], elles raconteraient leurs périples entamés depuis plus de 90 ans pour certaines pour finalement revenir à leur propriétaire légitime. Le travail de mémoire autour de la Shoah est essentiel pour la justice transitionnelle mais aussi et plus largement pour la démocratie. C'est que déjà en 2020, dans le Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition près de l'ONU, Monsieur Fabián Salvioli, énonce qu'il considère conjointement avec son secrétaire général, António Guterres que nous serions à « un moment charnière »[24] concernant le devoir de mémoire en raison de la récente remise en cause du multilatéralisme et du système des droits de l'Homme ; se conjuguant avec une recrudescence d'idéologies populistes et xénophobes dans différentes régions du monde qui se traduit par une montée de la haine envers différents groupes identifiés et de tensions entre États.

L'art, la propriété, les biens matériels, sont l'un des nombreux moyens par lesquels le parti national-socialiste a tenté d'effacer l'existence d'une partie de la population allemande, puis de la population européenne. Comme a pu l'exprimer S. Coeuré « Conserver pour détruire » pourrait être un résumé du rôle ambivalent de l'archive ou de l'objet de musée en régime totalitaire »[25]. En réponse, « pour reconstruire » pourrait être un résumé du rôle de l'archive ou de l'objet de musée pour un pays en recherche de démocratie.

Il faudra attendre les années 1990 pour que la France (par la voix du Président J. Chirac en 1995) et l'Autriche (par la voix du Chancelier F. Vranitzky en 1998) reconnaissent leur part de responsabilité dans le traitement infligé à leurs populations juives durant l'occupation. Cette

[23] C. Bouchoux, « Si les tableaux pouvaient parler... », *Le traitement politique et médiatique des retours d'œuvres d'art pillées*, Presses universitaires de Rennes, 2013.
[24] A. Guterres, « Le multilatéralisme, pierre angulaire d'une paix durable », dans Pierre Hazan et al., *Guerre et Paix*, Gallimard et Fondation Martin Bodmer, 2019.
[25] E. Loyer « Œuvres d'art et archives, enjeux de guerre et d'après-guerre », *Revue d'histoire moderne et contemporaine 2007/3 n°54-3*, 2007, p. 179-185.

reconnaissance (entre autres[26]) a permis la mise en œuvre de nouvelles législations et procédés dans les deux pays, facilitant la restauration des œuvres spoliées à leurs propriétaires ou leurs ayants droits.

Il s'agit ici d'un renvoi à une identité culturelle, on se détache du bien matériel, de l'aspect capitaliste de la chose. Cela s'applique aussi notamment dans les cas de compensations que les héritiers pourraient recevoir. C'est bien l'acte de reconnaissance de la propriété, et donc de l'histoire de la spoliation de l'objet, qui permet de reconstruire les pays occupés et constitue un réel outil de démocratie.

En effet, comme cela a été énoncé notamment par Aalders, « le rétablissement de la vérité historique est un gage de la démocratie »[27] et ce rétablissement passe par la restitution de biens spoliés. Ces derniers étant une manifestation physique de la vérité historique, ils sont un point central du retour de la démocratie dans les pays occupés mais aussi du développement et du renforcement de celle-ci. Comme Fabián Salvioli l'énonce, « Le traitement réservé aux crimes du passé doit se fonder sur les piliers de la justice transitionnelle : sans mémoire, il ne peut y avoir ni droit à la vérité, à la justice et aux réparations, ni garanties de non-répétition »[28]. Le travail de mémoire alimente la justice transitionnelle qui elle-même alimente l'amélioration de nos démocraties.

La remise en cause des démocraties aujourd'hui passe par l'oubli, par la remise en question de la mémoire et des efforts de reconnaissance établis jusqu'alors. Le cas de la Pologne illustre bien cette remise en cause. Une loi de 2021 a mis en place une prescription de 30 ans pour la restitution de biens spoliés dans l'après-guerre sur le territoire, dans le but, selon le premier ministre M. Morawiecki, de mettre fin à une « ère de chaos juridique ». Cette nouvelle loi s'applique à tous les biens spoliés de la 2nde Guerre mondiale, mais la plupart des personnes concernées sont bien les populations juives. Organiser par cette loi une sorte de « droit à l'oubli » au bout de 30 ans permet d'entraver ce travail de mémoire. Pour appuyer encore un peu ce propos, peut être également être citée la loi mémorielle de 2018 votée par le Parlement polonais (la Diète), qui met en place une peine pouvant aller jusqu'à trois ans de réclusion pour toute personne qui dit ou laisse entendre que la Pologne a une part de responsabilité dans les crimes contre l'humanité commis par l'Allemagne sous le régime Nazi.

Il s'agit là d'une autre illustration du propos développé ci-dessus. Il apparait que la Pologne n'accepte pas sa part de responsabilité dans le traitement des populations juives lors de l'occupation et n'accepte donc pas non plus la restitution des biens spoliés. Cela s'inscrit dans un mouvement de montée du populisme qui ne pourrait être favorisé par la restitution puisque cette dernière permet l'entretien de la mémoire ainsi que de la démocratie. L'élection du nouveau Premier ministre D. Tusk qui fut président du Conseil européen pourrait changer la

[26] F-S. Meissel, « Une responsabilité morale et juridique. La loi autrichienne sur la restitution des œuvres d'art spoliées de 1998 et son application actuelle » *Grief 2021/1*, EHESS, 2021, p. 63-75.

[27] G. Aalders « Pillage et (non)restitution des œuvres d'art aux Pays-Bas (1940-2001) », *Revue de l'histoire de la Shoah 2007/*1 n°186, 2007, p. 195-216.

[28] F. Salvioli « Le processus de mémorialisation dans le contexte de violations graves des Droits de l'Homme et du Droit international humanitaire : le 5ème pilier de la justice transitionnelle, *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation, et de la garantie de non-répétition*, Conseil des Droits de l'Homme, 4/HRC/45/45, 2020.

politique actuelle. Il pourrait réviser la loi relative à la prescription ou même aller plus loin en revenant sur la loi mémorielle de 2018.

Le sujet de la restitution reste entier et d'actualité, comme le prouve notamment la récente demande de restitution de l'un des tableaux de Van Gogh, Les tournesols, localisés au musée Sompo à Tokyo[29], ou encore la proposition de loi[30] concernant la commémoration de la répression d'Algériens le 17 octobre 1961 à Paris. Un sujet délicat mais nécessaire, la restitution demeure aujourd'hui un réel outil pour le maintien des démocraties à travers son retentissement dans l'entretien de la mémoire qui permet une nouvelle forme de justice restaurative.

[29] G. Loiret « Un Van Gogh spolié par les nazis embarrasse le Japon », *Le Monde*, 6 janvier 2024.
[30] Proposition de loi relative à la commémoration de la répression d'Algériens le 17 octobre 1961 et les jours suivants à Paris, déposée à l'Assemblée nationale par Valérie Boyer, le 12 octobre 2021.

Entretien avec Gérard Bras[1]

Nous allons débuter par une question volontairement très large : qui est le peuple selon vous ?

Gérard Bras - Il y a différents modes de conceptualisation de la notion de peuple. Le terme « peuple » est ambigu, pas de façon accidentelle, mais essentielle. J'ai constaté qu'il fonctionnait à l'ambiguïté. On ne peut le réduire à une idée platonicienne, à une essence, et le poser comme une *res* qui serait homogène, ou comme un ensemble mathématiquement bien défini. Dans le discours ça ne marche pas et dans le réel encore moins. Si cela ne marche pas dans le discours, ce n'est pas parce que les philosophes et les politiques sont confus, mais parce que le réel est autre. Le peuple est un sujet, pas un objet. « Qui est le peuple ? » revient à se poser la question du sujet politique, c'est-à-dire, de la possibilité que se constitue - ou que soit constitué - le peuple. Deux voies existent : l'auto-constitution du peuple, l'autonomie ; et la constitution hétéronome. Deux situations sont donc possibles : par une auto-constitution ou par une institution.

Avec le peuple, on est dans une réalité dynamique. N'étant pas un concept figé, un concept qui n'a pas d'essence et traversé de contradictions, il n'y a pas de vérité éternelle. Ainsi une autre question se pose : comment une multitude, dans des circonstances déterminées, se constitue, ou est constituée en peuple, c'est-à-dire, est unifiée comme étant un peuple capable d'agir comme Un (c'est-à-dire de manière commune). Certaines tentatives de circonscription du peuple peuvent avoir des effets policiers[2] d'exclusion et de distinction à l'intérieur de la multitude, entre ceux qui sont ou ne sont pas reconnus comme étant du peuple.

« Qui est le peuple ? » amène donc à se poser une autre question : comment une multitude peut-elle être constituée - ou se constituer - de façon telle qu'elle soit unifiée et agissante dans une direction commune. Cette catégorie de peuple met en question les conditions de possibilité de l'action collective d'une multitude, donc aussi les conditions d'impossibilité.

Le peuple juridique n'ayant pas de réalité sociologique, est-ce que ce concept fictif ne serait pas qu'un instrument de légitimation d'un système représentatif en crise ? Et pourrait-on dire que le concept juridique de peuple est au service du politique ?

[1] Gérard Bras était directeur de programme au Collège International de Philosophie et désormais professeur de philosophie en Première Supérieure.

[2] Au sens fort du terme tel que Rancière ou la philosophie allemande l'utilise, c'est-à-dire de gestion administrative de la société.

GB - Le droit est essentiel, mais il faut toujours garder à l'esprit que le concept de peuple est dynamique et ambigu, ce qui ne convient pas au juriste puisque les concepts juridiques sont plutôt opératoires et statiques. Le moment juridique est certainement un moment de construction du concept de peuple, mais n'est pas le seul.

Qu'est-ce qui fait que cette multitude en arrive à devenir un « peuple » ? Il y a plusieurs expériences, plusieurs moments. Le concept juridique définit un certain nombre de règles qui vont permettre à une multitude de vivre en commun, de prendre des décisions communes, de vivre et de participer à des expériences communes, d'obéir à des décisions qui sont prises par les représentants, en somme une expérience de citoyen. C'est précisément cette expérience subjective qui va faire qu'on se reconnaît dans la loi, qui va faire en sorte que je me reconnaisse comme faisant partie d'un « nous ». Ce « peuple du droit » est « peuple » en tant qu'il y a des représentants. Hobbes dit une chose fondamentale sur la représentativité : c'est le représentant qui crée l'unité du représenté et non pas le représenté unifié qui désigne son représentant. L'unité du représenté procède du représentant.

Alors comment se constitue le peuple ? Par les représentants comme peut le penser Hobbes ? En opposition à un autre peuple ? Contre des élites ?

GB – Il faut commencer par dire que le réel ne cesse d'être mouvant et donc on ne peut pas donner une réponse unique à cette question. Le réel se constitue de « multitudes » qui vont dans des directions différentes, et sont traversées d'affects et de contradictions internes.

En tout état de cause, la réponse n'est pas simple, elle est triple : il y a trois moments, trois « scènes ». Il y a plusieurs modes d'unification.

Il y a une formulation qui consiste à dire qu'un peuple c'est une manière d'être, concept fondamental en philosophie et en anthropologie philosophique : c'est la « Hexis » d'Aristote, l'habitus des latins que reprendra d'une certaine manière Bourdieu. C'est une seconde nature en raison d'une expérience collective qui se noue. Je pense que le passage d'une multitude à un peuple se fait à travers cette manière d'être commune, dont l'acquisition nécessite une médiation. Ce médium je l'appelle une « scène », parce que, sur une scène, on a en représentation la possibilité à acquérir. Je pense qu'il y a trois scènes et donc, d'une certaine manière, trois peuples qui vont se constituer. Trois scènes sur lesquelles la multitude partage une expérience et ainsi se modifie et se constitue en trois peuples.

La première scène est celle du « pays », de la nation. Elle découle de l'imaginaire : c'est la scène de la communauté imaginée. En d'autres termes, c'est le sentiment d'appartenance à une communauté trans-historique, qui se refonde et se ré-instaure sans arrêt.

La deuxième scène est juridico-politique : c'est la scène de la représentation ou du Parlement, où l'on fait l'expérience de l'existence du représentant. Dans cette scène, le peuple peut être comme l'ensemble de celles et ceux qui obéissent à la même loi : pour qu'il y ait peuple il faut qu'il y ait loi. Ensuite, la question qui se pose est : qui fait la loi ? Or, il existe

une illusion démocratique nécessaire : ces républiques démocratiques vont, sous l'idée d'auto-législation du peuple, prétendre qu'un peuple est constitué parce que l'institution juridico-étatique se pose en garante des droits individuels. En définitive, les représentants ont ce statut particulier afin de pouvoir garantir l'exercice de nos libertés publiques individuelles. Mais ça ne suffit pas, ni à faire de la démocratie, ni à définir le peuple. Si on en reste là, on ne peut pas comprendre ce que l'on appelle la crise de la démocratie, car il y a une troisième scène…

La troisième scène est « publique-plébéienne »[3] : c'est la révolte. C'est à travers elle que le concept n'arrive pas à enfermer le réel puisque c'est une scène imprévisible. C'est aussi un médium grâce auquel une foule devient un peuple, notamment qu'émerge de ces mouvements une manière d'organisation autonome vis-à-vis des institutions juridiquement établies. Dans ce genre de situation, on commence à avoir du peuple et non une foule.

Cette scène est considérée comme le lieu où interviennent, pour reprendre les termes de Jacques Rancière, les « sans-part ». Là où dans le peuple juridique, ils n'ont pas leur place. Sans cette scène de la contestation, il n'y a pas de peuple, ni de démocratie. Autrement dit, c'est une scène de critique du législateur et de remise en cause des représentants et du mythe d'auto-législation du peuple.

De ces trois conceptions du peuple en découle une quatrième qui opère une synthèse des trois, un peuple est donc toujours un tressage de ces trois fils et il y en a toujours au moins un qui se distingue. Par exemple, si le peuple juridico-politique est minoré et qu'on fait une liaison forte entre le peuple de la rue et le peuple de la Nation, le résultat tend à constituer un peuple fasciste. Si on considère que la scène publique-plébéienne n'existe pas, que ce n'est qu'une foule, le résultat est une politique étatique anti-démocratique qui ne fonctionne remettant en question toute délibération. Or, la délibération se déroule au Parlement mais aussi dans les comités autonomes quand ils peuvent exister. Je pense que la crise de la démocratie découle notamment de la crise des comités autonomes.

Précisément, les organisations autonomes comme les ZAD entrent-elles dans cette catégorie de scène publique-plébéienne ?

GB - En France, les membres de ces communautés autonomes récusent cette notion de peuple, à considérer ce concept comme fascisant. Je pense qu'ils ont tort. Il y a là les effets de la théorie d'Antonio Negri qui opposait peuple et multitude et refusait d'utiliser le terme « peuple ». C'est alors une question de tactique rhétorique qui intervient : quel intérêt il y a d'utiliser le concept de « peuple » ? Certes, si peuple veut dire « homogénéité » ou « unité », alors il y a un problème, puisque le peuple n'a pas de volonté propre et unique : le peuple ne « veut » pas, mais agit. Le peuple c'est l'ensemble de celles et ceux qui agissent dans une même direction et en conséquence il y a toujours plusieurs peuples. « Peuples » doit toujours être utilisé au pluriel. Ainsi, si « peuple » veut dire « unification », alors j'ai besoin de ce terme : le peuple désigne

[3] Pour reprendre le terme de Miguel Abensour.

précisément l'unification d'une multitude, qui s'est donc différenciée d'une foule, en se donnant les moyens de cette action, par exemple, par la manifestation.

Pour finir avec cette question, l'intérêt de la catégorie de « peuple » dans le discours public, dans le sens que nous lui donnons, c'est qu'elle n'est pas revendiquée comme une fraction de la population mais justement avec une portée universelle. Dans cette conception, je n'identifie pas de signifiant qui pourrait remplacer le terme de *peuple*.

Pour finir cet échange, que pensez-vous de l'utilisation du terme de populisme ?

GB **-** Le populisme a été dans l'histoire un moment important de crise de la démocratie représentative affirmant la nécessité d'un approfondissement démocratique. En ce sens, on peut identifier dans l'histoire les populismes russes ou d'Amérique latine. Si l'on s'en tient à la rigueur de la définition, il n'y a de populisme que de gauche, le populisme de droite est une contradiction sémantique. Dans son ouvrage « Le "populisme du FN", un dangereux contresens », Annie Collovald retrace l'histoire de l'utilisation du mot *populisme* depuis le début des années 1980 en France. Elle démontre que c'est seulement une manière euphémisée de dire que le Front National n'est pas d'obédience néofasciste ou post-fasciste. Le terme de *populisme* organise la confusion et le mépris à l'endroit du sujet politique « peuple ». Dans le contexte contemporain, pour ne pas entretenir cette confusion et parce qu'il n'est pas du tout éclairant, j'évite de l'utiliser. En adepte du *Rasoir d'Ockham*, n'usons ce terme seulement si nous pouvons en donner une définition rigoureuse et si nous n'avons aucun autre mot pour désigner un phénomène. On pourrait rechercher de meilleures qualifications pour qualifier certains mouvements ou parti, notamment d'extrême-droite, comme néo-nationalisme, post-fascisme ou ethno-nationalisme.

Un mot de conclusion ?

GB **-** En conclusion, je pense qu'il faut bien garder à l'esprit l'idée que la question du *peuple* c'est la question de la *démocratie*. Or cette dernière question est d'abord celle de la délibération publique avant d'être celle de la représentation. Sont finalement questionnés les moyens de la délibération publique véritable et donc l'absence de concentration des pouvoirs dans les mains de l'Exécutif. La délibération doit passer par la représentation nationale mais également par d'autres vecteurs qui se trouve dans l'activité de la scène « publique-plébéienne ». L'intensité de cette activité est le déterminant de la différenciation entre le peuple et les foules.